6659.27

MISCELLANEE
6659
27
BIBLIOTECA
NAZ. CENTRALE
DI FIRENZE

MISCELLANEE
R. BIBLIOTECA
NAZ. CENTRALE
FIRENZE
1659
77

Prof. GIUSEPPE MESSINA
DELLA R. UNIVERSITÀ DI MACERATA

L'INTERPRETAZIONE DEI CONTRATTI

STUDI

BIBLIOTECA NAZIONALE CENTRALE
FIRENZE

MACERATA
Unione Cattolica Tipografica
1906

ALLA SACRA MEMORIA

DI

MIO PADRE

SPIRITO TUTELARE DELLA MIA VITA

I.

DATI OBBIETTIVI

NELL'INTERPRETAZIONE DEI CONTRATTI

1. Non è insolito che sopra talune materie in modo particolare assegnate alla quotidiana vita del diritto riescano a formarsi saldissime tradizioni, dominate da correnti inconscie e mai sottoposte a prova dalla critica giuridica. Avviene come di certe illusioni ottiche provocate dalla soverchia vicinanza degli oggetti esteriori al foco visivo: si scambia per mezzo di conoscenza la percezione esteriore, e la frequenza dell'osservazione non fa chiedere della qualità di essa.

Così avviene che in quelle materie la pratica diuturna distolga dal penetrare l'essenza delle regole che le dominano ed assuefaccia ognuno al carattere ch'è stato loro ascritto dapprima superficialmente e ch'è divenuto poi tradizionale. Ciò ha la sua ultima ragione nello spazio non piccolo che nella determinazione dei concetti giuridici viene fatto alla intuizione, e nello scambio di questa, ch'è criterio teoretico, con l'oggetto del pensiero. Ma occorre appena ricordare che non sempre basta conoscere. Talvolta occorre sapere come s'arriva alla conoscenza, affinchè non si formi l'idea che si possa ognora giungere ad essa senza avere osservata ed indagata la realità dei fenomeni giuridici (1).

Quanto abbiamo notato è particolarmente vero se la materia, cui ci si riferisce appartenga a quella sfera di soggetti per l'ordinamento

(1) Vedi le buone considerazioni in questo verso dell'Ehrlich in *Burian's Iurist. Blätter*, XVII, p. 558 sg.

concreto dei quali pare debba riservarsi molto al « comune buon senso, » o dove, vertendo nel campo di peculiarità di fatto dell' atteggiamento dei singoli rapporti giuridici, più difficilmente si pensa che esistano linee generali coercitive di decisione.

Così, in argomento d' interpretazione di contratti — ed in genere di negozi giuridici — materia dove, ricorrendo per l' appunto tali dati, non solo si contesta la legittimità d' intervento di precetti legali ■ la loro efficacia, ma anche quello della scienza ■ dei suoi insegnamenti.

Troviamo, difatti, affermato assai spesso che in essa si tratta di « arte », di lavoro « laico » — spoglio cioè da particolarità giuridiche, — di lavoro che s' apprende con l' esperienza e che rende di più lasciandolo al tatto sicuro del pratico anzi che alla dottrina ed alla scienza (2). Questa dovrebbe limitarsi a raccogliere le singole decisioni concrete ed a ricavarne il diritto realmente vigente.

E' manifesto che siffatto rilievo confonde l' interpretazione del caso concreto, dove davvero si deve lasciar molto posto al tatto del giudice, con la determinazione del procedimento metodico pel quale si deve istradare la serie di subsunzioni logiche contenute nell'interpretazione. La cognizione dei principî, ai quali si deve subordinare il caso controverso, fa parte del sapere sistematico quando s'avvisi allo scopo di ricavarne la giusta interpretazione. Senza quei principî la pratica applicazione del diritto non saprebbe procedere che a tentoni e sarebbe ridotta alla ricerca del « caso simile » precedentemente deciso. E' noto quale vicino pericolo sovrasti allora al giudice: il trattamento identico di fattispecie che soltanto a metà hanno caratteri comuni. Cosicchè il giudizio basato sui precedenti si risolve in tal caso in un vero « *pregiudizio!* »

Ma, già per la necessità di stabilire il caso p. delo di una concreta posizione di fatto, si deve sentire il bisogno di ricercare una norma generale, sia pure d' esperienza pratica, cui subordinare

(2) Cfr. particolarmente Wendt, in *Ihering's Jahrbücher*, XXII p. 338. Cfr. Reutershiold, *Ueber Rechtsauslegung* (Leipzig, 1899) p. 85 e Gaudemet, *De l' interprétation des actes juridiques* (Paris, 1898) pp. 6 sg. 106 sg.

gli elementi di comparazione, e quindi il bisogno di scoprire il metodo col quale essa norma si compone. E d'altra parte il punto di partenza, quando si deve operare con concetti di relazione, non può essere dato che da una penetrazione metodica della finalità degli istituti giuridici e della loro funzione nella vita. Per il che diventa evidente che i concetti con cui la pratica deve operare non sono mai quelli soltanto di un' « arte applicata ». Sapere e potere debbono ricongiungersi, ond'è che la scienza giuridica può bene e deve segnare il campo nel quale la pratica può essere abbandonata alle sue forze specifiche. Ve l'autorizza l'ampiezza del punto di vista da cui al tecnico la decisione delle controversie giuridiche si presenta di fronte a quella dell'angolo visuale proprio del pratico, e la considerazione che per tale prefissione di criteri direttivi non viene soppresso tutto ciò che è e dev'essere arte nella giurisprudenza. Ma appunto per questo lato di essa si deve accentuare la necessità di conoscere l'entità ed il metodo dell'attività logica giuridica (3).

Ma con ciò non è ancor detto che le regole del metodo d'interpretazione in materia contrattuale possano essere legali, esistere quali norme coercitive di diritto. Per vero non manca chi avverte che — se passa il limite la considerazione dell'interpretazione come semplice arte, poichè è chiaro che il pensiero giuridico soggiace nel divenire, come ogni altro fenomeno, alle sue leggi, e che l'esistenza di queste è dimostrata dall'unità con cui nelle linee generali procede la giurisprudenza — sarebbe un errore considerare quelle leggi come

(3) Vedi ZITELMANN, *Die Gefahren des BGB. für die Rechtswissenschaft* (Bonn, 1896) p. 22 sg. e *Lücken im Rechte* (Leipz. 1903), p. 85 sg. — STAMMLER *Lehre v. d. richtig. Rechte* (Berlin, 1902), p 498 sg. (una valutazione un po' diversa fa lo stesso Autore in *Recht d. Schuldverhältnisse* [Berlin, 1897] p. 59 sg). — KOHLER, *Lehrb. d. bürg. Rechts*, I (Berlin, 1904) p. 28 sg. — GIORGI, *Teoria delle obbligazioni*, IV (Firenze, 1879) p. 171. — L'opportunità della formazione di un concreto sistema di precetti d'interpretazione da parte della dottrina è pure sostenuta dal BRAZZO, *Dell'interpretazione dei contratti* in *Annali dell'Univer. di Perugia*, N. S. II p. 62, ma ivi è pur detto che la *dottrina* deve ridurre tali precetti *a canoni positivi* del giure privato.

giuridiche (4). Se ciò è avvenuto, vuolsi ascrivere alla tendenza dei giuristi a considerare tutto sotto l'angolo visuale normativo o teleologico, a voler statuire o regolare qualcosa che d e v e avvenire. Ma di fatto quelle regole d'interpretazione non sono diritto, nè possono essere oggetto di una volontà legislativa. Qual mai effetto si crede raggiungibile con una prescrizione richiedente che s'interpetri logicamente, secondo ragione l'assieme delle clausole di un contratto? E si può forse imporre il buon senso? E non è forse istruttivo in proposito il fatto che già nelle fonti romane riscontriamo una serie di regole d'interpretazione che sembrano fatte *ad hoc* per sostenere punti opposti d'indagine della volontà?

Il vero è che le regole d'interpretazione sono n a t u r a l i, logiche o psicologiche, e non deve illudere in contrario il consentimento generale che sia opportuna la loro trattazione da parte della scienza del diritto. Ciò non le farebbe senz'altro diventare oggetto proprio della giurisprudenza (5).

Questa che abbiamo esposta non è una corrente isolata. Tutt'altro! Basta vedere come nella giurisprudenza sui codici, che hanno regole d'interpretazione, queste siano giudicate per intendere che siamo di fronte all'opinione dominante.

Invero, rispetto alle norme contenute negli art. 1131 c. civile e seguenti (corrispondenti agli art. 1156 e seg. del cod. civ. francese) ad una sola voce la dottrina e la giurisprudenza italiana insistono nel dichiarare che quegli articoli racchiudono precetti direttivi del prudente criterio del giudice di merito, dai quali questi può decampare senza commettere un vero errore di diritto (6).

---

(4) Vedi Würzel, *Das juristische Denken* (Wien, 1904) p. 12 sg. ed assai prima il Rosmini, *Filosofia del diritto*, I (2. ed. Napoli, 1856) n. 1166. Cfr. Toullier, *Droit civil*, III (Brux. 1847) p. 350 e Gauguier, *op. cit.* p. 104.

(5) Tale valutazione coinvolge tutte le regole d'interpretazione, nessuna esclusa, salvo che la forma interpretativa appaia soltanto come veste di un principio di diritto materiale. V. Würzel, *op. cit.* p. 14 nota 4.

(6) Vedi per tutti Mattirolo *Tratt. di dir. giudiz. civile*, IV (5. ediz. Torino, 1904) p. 941 dov'è citata una larga giurisprudenza — Giorgi, *op. cit.* IV pp. 181 sg. 187 sg. — Lomonaco, *Delle obbligazioni e dei contratti in genere*, I

Allo stesso ordine d' idee s' è ispirata la recente legislazione civile per l'Impero germanico, ritenendo la posizione di norme generali sull' interpretazione dei contratti da un lato superflua in quanto le medesime non potrebbero essere che regole del pensiero senza contenuto giuridico, istruzioni cioè di logica pratica pel giudice; dall' altra pericolosa per la possibilità che siano scambiate con principî effettivi di diritto. E tale illusione condurrebbe a ritenere che la legge avesse enumerate tutte le vie dell' indagine intepretativa, mentre ciò non può mai avvenire (7).

Noi possiamo molto concedere all' ordine d' idee sopra esposto, ma non tutto. Quando, ad esempio, esso insiste sulla pertinenza delle regole d' interpretazione alla logica, noi vogliamo magari accentuare che nell' interpretazione fatta dal giudice tutto il materiale processuale e l' attività che l' elabora si dispone in forma di giudizî logici. Tali le affermazioni delle parti, tali le testimonianze, le ispezioni stesse del giudice e, per eccellenza, le sentenze. Cosicchè s' asserisce correttamente non esservi nel campo del processo luogo a distinguere tra fatto e giudizio, e doversi a tale antitesi, comunemente ammessa, sostituirne un'altra di natura logica: quella cioè tra giudizio di fatto e giudizio giuridico (8). Ma con tutto ciò non è dimostrato ancora che i soli principî della logica debbano presiedere all' interpretazione. Per vero nè il diritto, nè il contratto, nè l'applicazione di quello a questo ci danno soltanto figure o rapporti logici. E se in ispecie, come si vedrà appresso, può corrispondere ad un' esigenza sociale che la decisione del giudice si presenti esteriormente quale una conseguenza di principî giuridici, guadagnati per via di rigorose deduzioni e subsunzioni logiche, — non è detto che nel processo formativo

(Napoli, 1890), p. 223 sg. — Per la dottrina e la giurisprudenza francese Baudry-Lacantinerie e Barde, *Des obligations*, I (2. ed. Paris, 1900) p. 503 sg. — Contro: Brezzo, *l. c.* p. 61 e Filomusi-Guelfi, *Lezioni sulle obbligazioni* (Litogr. raccolte da Grisostomi-Eles, Roma 1897) pag. 606 sg. e Dereux, *De l' interprétation des actes juridiques privés* (Paris, 1905) p. 108 sg.

(7) Così i *Motive zum Entwurf eines BGB.* I (Berlin, 1888) p. 154 sg.

(8) Cfr. in proposito Staub, in *Iurist. Wochenschrift* XV p. 133 e Stein, *Das private Wissen des Richters* (Leipizig, 1893) p. 8 sg.

di talune delle premesse dei giudizî che mettono capo alla sentenza non possa influire una volontà legislativa.

Nè pensiamo, neppure lontanamente, a sostenere che si debba fare a meno nell'interpretazione dei contratti del « comune buon senso », il quale, se in ogni lato dell'ordinamento di diritto ove appaia espressione del sentimento giuridico, rappresenta una forza operosa, è particolarmente decisivo in materia d'interpretazione (9). Ma dobbiamo qui ripetere quello che sopra s'osservava a proposito dell'intuizione giuridica, ch'è come il lato teorico del sentimento del diritto: non ci si può affidare interamente ad esso. Non forse perchè non proceda per vie logiche (10) ■ neppure perchè siano i soli *concetti* giuridici che debbano presiedere all'interpretazione. Ma perchè non ci dà norme precise nelle forme ■ nei particolari, sibbene un risultato, che nei casi complicati può facilmente smarrirsi e condurre ad accentuare elementi secondarî ed irrilevanti, determinando una notevole insicurezza nell'applicazione del diritto. Non possiamo ancor più affidarci del tutto a quel « buon senso giuridico » perchè non è escluso ch'esso agisca perfino come elemento perturbatore dell'ordine giuridico istituito. E' però illegittimo l'intervento del legislatore per fissare i confini alle vie del pensiero giuridico, quando esigenze di istituzioni storiche impongono anche il controllo processuale delle risultanze dell'interpretazione? Non lo crediamo, e vedremo come tale concessione non bandisca affatto dal nostro campo quella molla potente d'indagine ch'è il buon senso, nè improntì di carattere formalistico l'attività interpretativa. Poichè a torto l'accennata corrente trascura d'esaminare nel valutare le regole dell'interpretazione se non vi sia pur qui una questione di limiti; se accanto e dentro questi non resti una sfera di libera indagine del contenuto dei contratti, sfera che

(9) Su ciò consulta particolarmente Del Vecchio: *Il sentimento giuridico*, in *Riv. ital. per le scienze giuridiche*, XXXIII, p. 353 — Danz, in *Ihering's Jahrbb.*, XXXVIII p. 481 sg. Kohler, *Lehrbuch*, cit. pp. 138 sg. 142 sg. e Reuterskiöld, *op. cit.*, p. 89.

(10) Contro, Stenglein, in *Deuts. Juristen-Zeitung*, 11 p. 89.

essa finisce col considerare sottratta per ogni verso a freni coercitivi ed assegnata al « sovrano apprezzamento » del giudice (11).

Comunque, dal punto di vista del nostro diritto positivo noi contestiamo che le regole d'interpretazione particolarmente scritte nel codice civile siano semplici istruzioni o consigli non obbligatori pel giudice (12).

Questo punto merita d'essere indagato prima d'ogni altro, poichè esso è pregiudiziale per tutta la materia dell'interpretazione, ed anche perchè lo svolgimento del nostro asserto ci condurrà a vedere da vicino tutto quanto il meccanismo dell'attività interpretativa, anche là dove si svolge secondo il « comune buon senso ».

In particolare si rileverà che il problema che ci proponiamo di risolvere ha notevoli conseguenze pratiche e che non sarà una sola questione che riceverà lumi dai risultati dell'indagine. Già è noto come vi sia riconnesso il tema dei limiti del controllo della Cassazione sui giudizi denunziati per falsa interpretazione di contratto. In proposito l'opinione dominante afferma unanime l'inidoneità della violazione degli art. 1131 e sg. cod. civile a costituire un valido motivo di ricorso (13). Ma essa non ricerca alcun fondamento alla sua affermazione. Pare così intuitivo il principio da cui la fa derivare da non meritare in alcun modo l'onore della discussione.

---

(11) S'avverta che di questi limiti « immanenti » non hanno alcun sentore nè la giurisprudenza nè la dottrina comune, le quali quando accertano l'applicazione di una regola d'interpretazione non scritta nel codice si fanno premura di rilevare che allora abbandonano quelle scritte perchè non sono le sole. In verità le *norme-principî* debbono essere, e sono spesso incoscientemente, osservate anche in tali casi. Ma la deduzione erronea sul valore degli art. 1131 e seg. che se ne trae, conduce a false applicazioni di diritto in molti altri campi.

(12) Opponendoci alla dottrina comune escludente la virtù coattiva di tutte le norme contenute negli art. 1131-1139 cod. civ. non faremo per ora distinzione alcuna tra esse, nè accentueremo il rapporto interno di *norme-principî* e *norme sussidiarie* in cui si trovano. — Si ricordi intanto l'insegnamento del Ricci, *Corso teor. pratico di dir. civ.*, VI (Torino, 1880) p. 86 sg. che considera come precettivo il solo art. 1131.

(13) Vedi per tutti Mattirolo, *op. cit.* IV p. 941 nota 1.

Poco monta che qui e là nella pratica s' affacci l' idea di una vera violazione di legge in ordine a quelle norme, e che si ritenga ammissibile il ricorso per cassazione quand' esse siano state « del tutto e pienamente sconosciute (14) », o quando il giudice di merito abbia enunciata una norma generale contraria o diversa da quella scritta negli art. 1131 e seguenti (15). La struttura di queste regole che sono tali quando sono violate appieno o evidentemente; che sono tali quando si *formulano* falsamente, ma non lo sono più se si applicano male o si disconoscano in parte — non richiama neppure la curiosità sul particolare fenomeno!

Ma anche un' altra questione è ad esempio riconnessa all'indagine nostra: quella ad esempio sulla redazione dei motivi delle sentenze e del loro « elemento di fatto » — dove, come si vedrà, la natura coercitiva delle norme d' interpretazione di cui agli art. 1131 e sg. potrebbe contribuire a segnare limiti positivi alla libertà che al riguardo si ritiene lasciata al giudice.

Infine, ancora, dal decidersi per la natura coattiva o meno delle ricordate norme dipende che si pongano oppur no importanti questioni di diritto internazionale privato relative alla determinazione dello statuto da applicarsi nell' interpretazione dei contratti (16).

Così il problema appare nel suo contenuto e nelle conseguenze più rilevante di quanto finora non siasi creduto, e inadatto da essere deciso con le parole imaginose di chi scrisse che il legislatore nel dettare gli articoli 1131 e sg. figurava come « *Solon écrivant ses tables avec la plume d' Aristote* ». (17)

Al tema primo faremo seguire talune ricerche complementari sulle c. d. « *norme interpretative* » e sugli « *usi interpretativi* » — con che avremo un quadro, se non completo, certo rilevante dei

---

(14) Così Cass. Torino, 5 sett. 1894 (*Giurispr. tor.* 1894, p. 722).

(15) Conf. Cass. Torino, 6 sett. 1892 (*Giurispr. tor.* 1892, p. 674). Vedi pure le sentenze citate al numero. 4 i. f.

(16) V. ZITELMANN, *Internationales Privatrecht*, II (Leipz. 1898) p. 212 sg. Per altre questioni nel campo del diritto internazionale vedi il § 4.

(17) LAROMBIÈRE, *Théorie et pratique des obligations*, I (Paris, 1857) p. 616.

« dati obbiettivi » governanti l'interpetrazione dei contratti. Se nel descriverlo saremo tratti ad accentuare il lato logico ed astratto della materia, non per questo il nostro intento sarà rivolto meno a risultati pratici. Vuol dire, se mai, che sarà dimostrata ancora una volta di più la verità dell' asserto che la scienza giuridica per essere veramente pratica deve avere il coraggio di sondare « *unpraktischen Dinge* ». (18)

(18) Così ZITELMANN, *Die Gefahren*, cit. p. 21.

Capitolo Primo

LEGGI DELL' INTERPRETAZIONE

§. 1.

2. L' esistenza in non poche legislazioni (1) di regole espresse e specifiche sull' interpretazione dei contratti parrebbe deporre *prima facie* per la rispondenza di quelle prescrizioni ad esigenze generali di diritto positivo, e farebbe perciò pensare che non debba essere concettualmente escluso — come pensa la dottrina comune — che nella materia esistano precetti giuridici coercitivi.

L' indagine particolareggiata di questa proposizione esige che si circoscriva preliminarmente il campo delle regole che saranno oggetto di esame, affinchè la considerazione della loro natura giuridica non resti turbata da riflessi impertinenti.

Tale opera d' individuazione non la compiremo in ordine al *Corpus juris civilis*. E' noto come già nei tit. 16 e 17 D. 50 si contengano innumerevoli canoni d' interpretazione circa i negozi giuridici. Nessuno tuttavia vorrà credere che in questo titolo soltanto se ne trovino o che si debbano limitarli ai precetti raccolti dai moderni pandettisti (2). Ma noi non vogliamo fermarci particolarmente su

---

(1) Vedi Cod. civ. austriaco (1811) art. 554-559; 655; 914-15; — Cod. civ. chileno (1855) art. 1560-1566; — Cod. civ. sassone (1863) §. 135 e 809-813; — Cod. comm. chileno (1865) art. 6; — Cod. civ. portoghese (1867) art. 684-685; — Cod. comm. ted. (1869) art. 278-279, non riprodotti nel testo del 10 maggio 1897; — Cod. comm. ungherese (1876) art. 265-267; — Cod. comm. spagnuolo (1885) art. 57-59; — Cod. comm. messicano (1889) art. 78; — Cod. comm. argentino (1889) art. 217-219; — Cod. civ. spagnuolo (1889) art. 1281-1289; — Cod. civ. per l' Impero germ. (1896) §§. 133 e 157, oltre quelli che si citeranno appresso.

(2) Vedi per tutti WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette* I. (Trad. italiana di Fadda e Bensa, Torino, 1902), p. 341 sg.

questo punto, non tanto perchè il valore delle regole tradizionali d' interpretazione attinte al diritto romano è molto controverso (giusto questo è il centro di gravità della nostra ricerca) quanto perchè, data la peculiare origine dell' opera giustinianea, l' individuazione e la valutazione di quelle regole va soggetta a molti riflessi estranei alla questione in diritto moderno.

Diremo solo che ancora oggi è frequente l' appello alle decisioni del tit. 16 cit. o di altri del Digesto. Così, taluno con molta serietà raccomanda di tener presenti oltre le regole dei moderni codici pure quest'altre: che ad es. le parole « s e q u a l c u n o (*si quis*) » debbono riferirsi anche a persone di sesso femminile; che « p e r l a m a g g i o r p a r t e d e l d i *(maior pars cuiusque diei)* » s'intendono le prime sette ore del giorno e non le ultime. (3) Oppure, sempre sulle orme del diritto romano, s' insegna che un' indicazione precettiva o proibitiva espressa con un verbo al futuro s' intende applicabile al tempo presente, — o che nella parola « u o m o » si comprende tanto il maschio quanto la femmina! (4)

Ma non manca chi osserva che le regole d' interpretazione del Digesto, formulate in occasione di casi singoli, sono generalizzazioni unilaterali (5). Dal ricorrervi dovrebbe già allontanare la possibilità di trovare nel *Corpus juris* le norme d' interpretazione che più talentino pel caso concreto. Si vuole, difatti, tenere limitata una disposizione alla sua sfera originaria d' efficienza? Allora soccorrerà il precetto: « *exceptio firmat regulam in casibus non exceptis* ». Se invece la si vorrà estendere, si avrà un'appoggio nella regola che « *unius positio non est exclusio alterius* ». Oppure, quando vuolsi tutelare una disposizione contrattuale contro ogni svisamento, si ricorda l' inevitabile « *cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio* »; mentre se ciò non torna comodo, s' intonerà piuttosto

(3) Rispettivamente D. 50, 16, 1; 2 §. 1. Vedi Sacchi, in *Digesto italiano* v. « contratto ». p. 399 e Gauguier, *op. cit.* p. 124 sg.

(4) Rispett. D. 50, 16, 152 e 195 pr. Cfr. Pothier, *Introd. au tit. XVI de la Coutume d' Orléans*, n. 170 cit. da Merlin, *Questions de droit*, v. « soeur ».

(5) Würzel, *op. cit.* p. 16 sg.

l'altro ditterio: « *in conventionibus contrahentium voluntatem potius quam verba spectari placuit* ».

Veramente la sfiducia che questi precetti, presi in modo frammentario, ingenerano si è cercato di vincerla distinguendo attentamente la diversa sfera d'azione che ad essi spetterebbe. (6) Ma l'indagine non ha mai fissato il principio superiore cui quelle sfere sono subordinate, nè ha mai toccato il nocciolo della questione sulla natura coattiva o meno delle regole che v'appartengono, — questione che resta sempre aperta anche quando siano eliminate le contraddizioni interne tra le regole stesse.

S'intende di leggieri che tale problema s'è presentato anzitutto alla dottrina del diritto comune, alla quale la recezione del giure romano poneva innanzi come materiale vivente tutto l'apparato delle norme d'interpretazione. E già in essa si delinea una duplice corrente. Poichè per taluni è chiaro che l'accettazione della legge romana non s'estendesse oltre le norme giuridiche fino a coinvolgere anche quegli elementi di fatto o quei frammenti di motivi di decisione, che abbondano nella letteratura pratica, formata di *responsa* e di *quaestiones*, dalla quale si attinsero due terzi buoni della legislazione giustinianea. In essi rientrerebbero le c. d. r e g o l e g e n e r a l i d'interpretazione (7). In un altro ordine d'idee, poi, s'avverte che queste hanno speciale riferimento al sistema romano delle *stipulationes*, cioè ad un sistema di rapporti contrattuali basato sulla preminenza del creditore e sul rigore della forma. Ciò che dovette imprimere un carattere necessariamente unilaterale e formalistico a tutte le operazioni interpretative. I precetti stessi dell'epoca giustinianea, che favoriscono il rilievo della volontà di fronte alle parole, germinano quali concessioni ad un sistema di transazione e si presentano però in qualche modo quali anormalità. Come mai si potrebbero dopo ciò invocare per imperativi giuridici in diritto comune (8)?

(6) Vi sono sentenze che vi s'indugiano particolarmente. Vedi ad es., Cass. Roma, 29 dic. 1893 in *Legge*, 1894, I. 259.

(7) Cfr. Wendt, in *Ih. Iahrb.*, XXII, p. 299 sg.

(8) Vedi Stammler, *Richt. Recht*, cit. p. 499 e *Recht der Schuldverh.*, cit. pag. 69. Cfr Girard, *Manuel élém. de droit romain* (2. ed Paris, 1895), p. 419.

Si è, tuttavia, sostenuto che il fondamento di quelle regole già pel diritto romano era nella *natura rerum* (9), ed una tal base fornirebbe un appoggio sufficiente per il valore coercitivo di esse tanto nel diritto comune quanto nell' odierno. Ma, a parte quanto si potrebbe eccepire su di una concezione per così dire naturalistica dei compiti dell' interpretazione (nel qual senso sarebbe assai istruttivo quanto per lo stesso diritto romano s' insegna circa l' interpretazione dei primitivi negozi formali) — è facile obbiettare che l'appello alla *natura rerum* non basta a risolvere il problema, e non è che uno scambio della tesi con la sua dimostrazione. E' difatti escluso che la *natura rerum* non si debba riferirla al campo logico naturale? La struttura giuridica delle norme d' interpretazione con questo ricollegamento si volatizzerebbe!

Comunque sia del diritto comune e dei precedenti del giure romano, è pensabile che l' esempio giustinianeo di una raccolta legale di regole interpretative dei negozi giuridici influisse sulle moderne legislazioni, specie su quelle dove all' opera di codificazione non presiedette una chiara visione dei limiti fra la scienza e la legge, e dove il dottrinarismo più esagerato collaborò alla formulazione delle norme positive.

E' degno al riguardo di particolare menzione il Codice dei beni del Montenegro, il cui spirito d' imitazione s' è spinto fino a raccogliere in una sua parte (VI) « esplicazioni, definizioni e disposizioni complementari, » che stanno assai vicine al tit. 17 D. *cit.* In essa sotto la rubrica « di alcune massime giuridiche, che senza poter modificare o cambiare la legge possono chiarirne lo spirito ed il senso (cap. VIII) » si contengono parecchie regole sull' interpretazione di contratti, dove — se tornano pure alcuni precetti che troveremo in altre leggi (10) — è detto anche con grande cura che « *le parole son parole,* ed è la convenzione che forma la legge

(9) Consulta Heineccius, *Praelect.* in Puffendorff, *de offic. hominis et civis*, lib. I, cap. 17 - Wolff, *Inst. juris natur.* P. VI n. 459 sg. Cfr. Stammler *Richt. R.* cit. p. 500.

(10) Vedi particolarmente art. 1026 e 1027.

delle parti (art. 1020) ». — Qui la posizione sistematica delle nostre regole fa da sola sorgere dubbi sulla loro *vis* giuridica (11).

Ma l' influenza del diritto romano non è meno sicura per legislazioni, che nella forma e nel numero delle regole d' interpretazione accolte si sono discostate da ogni vicina imitazione della tecnica legislativa ora prospettata. Così dicasi del codice civile francese.

Non vogliamo, certo, neanche riguardo ad esso escludere *a priori* una certa tintura qua e là, di dottrinarismo, specie pensando alla tecnica dei diversi progetti dai quali rampollò, di quelli particolarmente preparati sotto la Convenzione. Il carattere nettamente teorico di essi, il razionalismo che li dominava ebbe la sua piena espressione nell'asserto di chi li presentava come « la terra ferma delle leggi di natura (12) ». E' però lecito credere che, nonostante le diverse tendenze seguite dai progetti che susseguirono fino a quello definitivo del PORTALIS, siano rimaste in più di qualche punto le scorie dei precedenti, e che non sempre i testi legali siansi limitati alla sola esigenza pratica, isolata in modo netto da ogni considerazione teorica.

L' affermazione può sembrare fondata giusto in materia d' interpretazione dei contratti. Concordemente si riferisce che la fonte delle relative norme fu il *Trattato delle obbligazioni* del POTHIER, (13), che a sua volta le insegnava sulla base di testi del *Corpus juris*. Ciò è particolarmente espresso anche nei lavori preparatori del Codice, nei quali avvertesi che la riproduzione delle regole d' interpretazione

---

(11) Nell' *Allgem. Landrecht* prussiano le regole d' interpretazione dopo d' esservi state esposte largamente rispetto alle dichiarazioni di volontà in genere (P. I, tit. IV, §§. 65-74) vi sono ulteriormente specificate in ordine ai contratti (tit. V, §§. 257-269) ed ai testamenti (tit. XII, §§. 519-556) con una minuzia che non fa dubitare della fiducia riposta dal legislatore nella *vis* effettiva dei suoi precetti. Vedi tuttavia per la giurisprudenza in proposito STEIN, *op. cit.*, 138 sg.

(12) Cfr. su questo punto ALVAREZ, *Une nouvelle conception des études juridiques* (Paris, 1904) p. 10 sg. e GÉNY, in *Code civil (Livre du Centenaire)* II (Paris, 1904) pp. 1008 sg. 1012 sg.

(13) POTHIER, *Traité des obligations* I (Trad. it. Venezia, 1833) n. 91 a 102 p. 100 sg.

avveniva anzitutto per deferenza al diritto romano che le aveva per primo consacrate (14).

Questa particolare derivazione legittima a sua volta i dubbi sul valore delle regole in questione e, come s' è notato, potrebbe financo scuotere la fede, che taluno ha (15), nell' osservanza rigorosa tenuta dai Compilatori del codice napoleonico del precetto dell' HOSPITAL, già richiamato nelle discussioni preparatorie: che cioè « la legge comanda, e siccome non è fatta per istruire, così non ha bisogno di convincere (16) ».

Tuttavia non per questo il nostro problema si pone pel diritto francese in quegli stessi termini nei quali poteva presentarsi al diritto comune per la recezione avvenutavi del giure romano. L' individuazione delle norme d' interpretazione compiuta dal codice napoleonico esonera anzitutto da ogni ricerca pregiudiziale che assodi quali esse siano. Di più, per la cernita fattane le diverse regole non ci vengono ormai innanzi cozzanti tra loro, e neppure manca, come appresso si vedrà, la possibilità di cogliervi un rapporto armonico complessivo.

Certo, neanche pel dominio del codice civile francese è dubbio — come non lo era in termini correlativi pel diritto comune (17) — che il semplice accoglimento di una massima di natura teoretica in un testo di legge non le faccia perdere il carattere sostanziale originario. Ma nel caso nostro è appunto discutibile l' asserita natura teoretica di quei precetti positivi d' interpretazione, non bastando senz'altro per ammetterla che la massima sia stata dapprima formulata da un giureconsulto anzichè da un legislatore. Se fosse diversamente, tanto equivarrebbe il dire che non si possono ricavare da norme legali espresse per via d'astrazione *principî* di diritto contenenti veri imperativi; o che non hanno *vis* obbligatoria quei precetti

(14) Discorso del MORICAULT in LOCRÉ, *Législation civ. comm. et crim. de la France*, XII (Paris, 1828), pp. 336 e 560.

(15) GÉNY, *l. c.* p. 1012.

(16) FENET, *Recueil complet des travaux prép. du Code civil*, IV (Paris, 1836) pag. 36.

(17) Vedi EISELE, *Unverbindlicher Gesetzesinhalt* (Freiburg, 1885) p. 40 sg.

che non sono stati formulati dalla legge, ma che nella legge sono implicitamente compresi. E v'è di più. Non solo non va limitata l'opera induttiva e deduttiva della dottrina alla formazione di *regulae juris* di natura teoretica (18), ma neppure si può ritenere impossibile che il legislatore derivi — e ciò è per noi molto interessante — norme di diritto anche da concetti giuridici o da *regulae juris* (19). Naturalmente per tal via si stabiliscono norme di natura secondaria e non primaria, il che può aprire una questione di prevalenza delle une sulle altre in caso di conflitto, ma non basta per negare valore coattivo alle prime.

Quest' ordine d' idee ci dà occasione di precisare che la soluzione della nostra questione rispetto al codice napoleonico (e quindi anche in confronto al nostro) non sarà pure soluzione di essa pel diritto romano. Già, perchè l' ultimo riflesso ora segnato — in quanto denota possibile che una norma sia voluta dal legislatore come espressione di un intento che sta in un supposto rapporto logico ad altro intento voluto primariamente — ci rende edotti che la variazione di quest' ultimo può avere determinato una diversa posizione dell' intento secondario, anche se questo, e quindi le norme d'interpretazione cui ciò s'adatta, nella forma esteriore appaiano identiche e pel diritto romano e per l' odierno. Non è fenomeno insolito che di una norma muti l' entità giuridica per virtù esclusiva del mutarsi totale o parziale del sistema dell' ambiente giuridico nel cui mezzo vive. E in ordine a questo punto basta ravvicinare pel diritto romano e per l' odierno la funzione ch' ebbe il magistrato nel giudizio ed i limiti del suo potere di decisione — cui le norme d'interpretazione hanno, come si vedrà, stretto riferimento — per intendere che il valore di queste può essere oggi differente da quello ch'era nell'antico diritto. Nè mancano principî di diritto materiale con cui esse stanno egualmente in relazione, e sulla cui identità di posizione nei diversi ordinamenti giuridici è lecito discutere (20).

---

(18) Efr. Eisele, *l. c.* pp. 54 e 56.

(19) Vedi su ciò appresso il n. 5.

(20) §§. 3 e 4.

Ma v' è qualcosa di più decisivo. Si può revocare in dubbio fondatamente che taluno dei precetti principali sull' interpretazione riproduca senz' altro leggi romane: quello dell' art. 1131 c. civile, ad esempio (art. 1156 c. civ. fr.), la regola di PAPINIANO conservataci dal D. 20, 16, 219. L' opinione contraria è la dominante (21), ma per scrutinarla nelle sue particolarità dovremo premettere non pochi altri dati.

Intanto, tutto quello che abbiamo detto della legislazione francese, dobbiamo ripeterlo per la nostra, dacchè questa — com' è risaputo ha tolte di peso dalla prima le regole sull' interpretazione dei contratti (22). Più particolarmente, presso di noi i lavori preparatori stessi pongono innanzi il problema che abbiamo sopra annunziato. Vi si fece, difatti, la questione della soppressione dell' intero §. IV del titolo IV del terzo libro del codice sulla base di argomenti che tra poco esamineremo (23).

Per ora vogliamo qui avvertire che non basta per sostenere la virtù coercitiva degli articoli 1131 e seguenti del cod. civile porre in relazione col mantenimento effettivo del paragrafo *sedes materiae* il rilievo, fattovi a proposito in seno alla Commissione di coordinamento, che non è ufficio del legislatore il consigliare (24). Vale contro il già detto: la conservazione delle norme sull' interpretazione dei contratti non saprebbe da se sola mutare l' intrinseca natura dei

---

(21) Anche nella giurisprudenza, oltre che nella dottrina. Vedi ad es. Cass. Roma, 13 luglio 1894, in *Corte suprema*, XIX, 2, 442 e la sentenza citata alla nota 6.

(22) Più precisamente l' opera d' integrale recezione la fecero i codici degli Stati italiani preesistenti all' unificazione. Vedi Cod. pel Regno delle due Sicilie (1819) art. 1109-1117; cod. per gli Stati di Parma, Piacenza e Guastalla (1820) art. 1130-1138; cod. civ. albertino (1837) art. 1247-1255. — Salvo una modificazione pel primo articolo, le regole del Cod. napoleonico furono accolte pure nel cod. civ. della Repubblica e Cantone del Ticino (1837) art. 559-566.

(23) Su proposta PESCATORE. Vedasi *Verbale N. 33* (15 maggio 1865) della Comm. di coordinamento, in GIANZANA, *Cod. civ*, III (Torino, 1867) p. 291 sg.

(24) Così fa BREZZO, *l. c.* p. 61 — Il NIUTTA, *l. c.* (nella nota precedente) osservava che gli articoli sull' interpretazione altro non sono che « c o n s i g l i ».

relativi precetti. Ed è pure inesatto fondarne la forza obbligatoria sulle dichiarazioni del PISANELLI, le quali ne attestano invece soltanto il valore scientifico (25).

Piuttosto si potrebbe rilevare che la concezione coercitiva delle regole sull' interpretazione fa capolino nei lavori preparatori quando pur qualificandole « come fari che servono ad illuminare i giudici, si aggiunge ch'esse « *valgono a frenarne gli arbitrî* ». (26)

Ma il dissidio che così, incoscientemente, era posto è davvero incomponibile? o non piuttosto vi sono regole d' interpretazione, il cui valore è puramente teoretico in confronto ad altre che hanno valore pratico, forza giuridica normativa?

3. Appunto l'angolo visuale segnato dall'ultimo quesito ci spinge ad accentuare che l' indagine da istituirsi in questo primo capitolo verte soltanto sulle regole degli art. 1131 e sg. cod. civile. Non entra però nella cerchia delle nostre considerazioni la serie indefinita ed indefinibile delle altre regole d' interpretazione, che la pratica e la dottrina vanno formulando ad ogni piè sospinto. Per l' una e per l' altra non le sole motivazioni occasionali di decisioni contenute nel *Corpus juris* vanno a formare la massa delle regole d' interpretazione. Molt' altro materiale la ingrandisce, assunto fuori del Digesto ma di natura analoga. E ciò particolarmente sotto l'influenza di una tradizione, cui nella nostra materia ha fatto difetto ogni spirito critico e che, maturatasi attraverso i metodi del diritto naturale — si pensi quando scrivevano il POTHIER e il DOMAT, ispiratori del Codice napoleonico, — doveva essere più che mai disposta a trattare ogni regola di ragione come norma di diritto.

---

(25) Contro: BREZZO, *l. c.* p. 61. — Il PISANELLI parlava di principî che la scienza aveva già fermati e sui quali non v' era nessuno che dubitasse.

(26) Così BONACCI, in *Verbale n. 33*, cit. p. 292. — Questa necessità di freni (cfr. per la giurisprudenza francese in senso analogo GAUGUIER, *l. c.* p. 110 nota 1) circa l' interpretazione depone poco a favore dell' insegnamento comune sul valore delle nostre regole.

Ma appunto perciò non entrano nella nostra indagine le regole che pure il POTHIER (1) aveva insegnate insieme con quelle assunte a dignità legislativa, ma che il Codice non accolse. Tale il precetto che « se l'oggetto della convenzione è un'universalità di cose, esso comprende tutte le cose singole che compongono tale universalità, anche quelle di cui le parti non avevano conoscenza; » — oppure quest'altro per cui « ciò che è in fine di frase si riferisce d'ordinario a tutta la frase e non a ciò soltanto che precede immediatamente; purchè tal fine di frase convenga in genere e numero a tutta la frase »; — o infine questa regola che « tanto nei contratti come nei testamenti una clausola concepita al plurale si distribuisce s o v e n t e in parecchie clausole singolari ».

Le tre regole vengono di solito riferite all'interpretazione grammaticale senza che sia avvertita tra le medesime alcuna differenza strutturale. La dottrina dominante si accontenta di stabilire ch'esse possono essere liberamente osservate dal giudice, nonostante non si trovino nel codice (2). Ed il motivo sarebbe palese: non ci sono norme giuridiche proibitive ■ nemmeno imperative sulla grammatica.

Nessuno, difatti, dubita che in materia d'interpretazione grammaticale l'intervento coercitivo della legge sia un fuor luogo, tranne che per esso si definiscano certi termini stabilendo che n e l d u b b i o debba ritenersi che le parti contraenti li abbiamo usati col significato definito (3). Ma assai spesso allora è una disposizione di natura materiale che dà la legge, e precisamente del genere di quelle cui si conviene il nome di « n o r m e i n t e r p r e t a t i v e ». A queste consacreremo appresso una particolare indagine. Qui vogliamo notare che a tale categoria apparterrebbe la regola prima, sopra riportata. Per ciò stesso v'era un motivo di non porla assieme con le regole sull' i n t e r p r e t a z i o n e date negli art. 1131 ■ sg. c. civ. (art. 1156 e sg. c. civ. fr.). Il non trovarla, poi, accolta altrove ha

(1) POTHIER, *Traité des oblig.*, cit. rispett. n. 99, 102 ■ 101.

(2) BAUDRY-LACANTINERIE ET BARDE, *Oblig.*, I cit. p. 503; GAUGUIER, *op. cit*, pag. 125.

(3) Vedi in proposito ZITELMANN, *Intern. Privatrecht*, II, cit. p. 216 sg.

causa in questo, che nella pratica della vita le disposizioni sopra una universalità di cose non risultano dall'espresso uso del termine « *universalità* ». Però occorrerà sempre un'interpretazione dell'intenzione delle parti per stabilire che la s'è voluta come oggetto della disposizione (4). La regola però, anche se accolta, non avrebbe dispensato dall'indagine interpretativa, e quando questa avesse assodato che la volontà era caduta sopra un'universalità, la comprensione quantitativa della disposizione sarebbe stata data senz'altro dal concetto giuridico traducente tecnicamente l'intento.

L'accennato ripudio della regola attesta già un'attività cosciente del legislatore nel secernere tra le norme di cui la dottrina gli aveva trovate le formule. Ma tale attività si fa più marcata rispetto alle altre due regole enunciate dal POTHIER. Per vero la seconda, come norma coattiva, non si sarebbe trovata in armonia con la preminenza data dagli art. 1131 c. civ. italiano e 1156 c. civ. francese all'intenzione delle parti, la cui ricerca avrebbe invece preclusa sulla base esclusiva di una possibile concordanza grammaticale e quindi con una presupposizione aprioristica della volontà delle parti (5). Al contrario, non sostenuta dalla coercività, quella regola deve piegarsi al principio dell'art. 1131 c. civ. ed allora si ha ch'essa potrà essere l'espressione di un risultato concreto cui conduce l'esame dell'intento, ma non un mezzo di ricerca di quest'ultimo (6).

---

(4) Non è quindi esatto che la regola non sia stata accolta perchè cozzante con l'art. 1131, come vorrebbe il GAUGUIER, *op. cit.*, p. 171 sg. Essa non precludeva, ma presupponeva la ricerca della proiezione dell'intento sopra un'universalità come tale. Cosicchè le eccezioni che il citato Autore insegna doversi fare per l'applicazione della norma (intento rivolto coscientemente soltanto a determinate cose dell'universalità — errore sull'estensione di essa provocato dal dolo di una delle parti) non sono veramente tali.

(5) E questo va notato in confronto agli art. 1138 e 1139 c. civile, le cui regole sono uno sviluppo ed un complemento del principio fondamentale sulla interpretazione dei contratti.

(6) Il GAUGUIER, *op. cit.*, p. 125 non ha il sospetto di quanto è avvertito nel testo e considera la regola come sfruttabile senz'altro. Cfr. nello stesso senso GIORGI, *op. cit.*, IV. p. 183.

Infine, nell' ultima regola riportata è chiaro che il termine « *sovente* » rappresentava la negazione di quella determinazione immanente che occorre all' elemento di fatto di ogni norma giuridica. Epperò essa dava da sè ed in quella forma il motivo del suo ostracismo dall' ordinamento positivo (7).

Ma, come abbiam detto, non a quelle sole che il POTHIER aveva formulate si limitano le regole d' interpretazione su cui la dottrina e la giurisprudenza qua e là insistono. Si possono rendere, a mio parere, i termini di siffatto campo vastissimo di regole dicendo che tutte le tesi d' esperienza (quindi ogni giudizio generale di fatto) sfruttabili per l' accertamento del caso concreto vengono, secondo la corrente dominante, elevate alla dignità di regole d' interpretazione.

Questa formula rende sensibile, come vedremo appresso, la distinzione recisa di tali regole da quelle contenute agli art. 1131 e sg. c. civ. che vanno pure sotto la stessa denominazione. Queste ultime fungono come indice di ricerca o di scelta delle prime e non dànno da per sè un risultato concreto: si potrebbero dire formali in confronto a quelle altre date dalla pratica della vita, e che potremmo chiamare materiali (8).

Ma la formula esposta serve anche a spiegare fin d' ora perchè la dottrina e la pratica possano sostenere con fondamento che v' è un numero indefinibile di regole d' interpetrazione, le quali non sono nè potrebbero essere esaurite nella breve sfera di pochi articoli di legge (9). Nessun tentativo, invero, può apparire fondato di circo-

(7) Cfr. il GAUGUIER, *op. cit.*, p. 170, che dichiara non contenersi nella regola del POTHIER una norma positiva.

(8) Si badi che non intendiamo con ciò affermare che si tratti senz' altro di regole di diritto materiale.

(9) È un argomento comunissimo contro la rilevanza giuridica degli art. 1131 e sg. questo, che vi sono molte altre regole d' interpretazione oltre quelle in essi contenute. Lo formulavano già nella Commissione di coordinamento il PRECERUTTI ed il NIUTTA, *Verbale n. 33* in GIANZANA, *op. cit.* III p. 291. Vedi pure RICCI, *op. cit.*, VI, p. 87 e Cass. Torino, 29 maggio 1867 in *Giurisprudenza* 1867, 412 — Cfr. nello stesso senso BAUDRY-LACANTINERIE E BARDE.

scrivere nel numero e nel contenuto le tesi d' esperienza pratica, neppure relativamente ad un qualsiasi singolo punto. E deve dirsi lo stesso quand' anche ci si volesse limitare a procedere alla determinazione per sole categorie distribuendole, ad esempio, come taluno ha fatto (10), in leggi di natura, principî psicologici e tesi di esperienza tratte dal traffico e dal costume. Poichè chiunque tenga presente la multiforme produttività dei rapporti della vita, il loro continuo rinnovarsi o modificarsi, intenderà subito com' essi non si prestino ad essere in alcun modo catalogati più che non si possa arrestare l' onda fuggente d' un fiume (11). Le regole che talora si raccolgono attorno a qualche rapporto — quelle per esempio relative alla condotta del buon padre di famiglia (12) — non sono che indici singoli individuati tra un' inesauribile massa informe di tesi d' esperienza. Queste non possono essere dominate giuridicamente, e si prestano al più ad una ricerca dal punto di vista delle origini logiche o del particolare trattamento che subiscono nel processo (13).

Tuttavia, non sempre è una tesi di esperienza d i f a t t o quella che si considera come regola d' interpretazione. Spesso si fanno operare come tali anche t e s i d i d i r i t t o, il cui campo non è nemmanco qui definito. In questo verso ricordasi come rilevante norma d' interpretazione il precetto: « *Talis et enim praesumitur praecessisse*

---

op. cit. I, p. 504 nota 2, e GAUGUIER, *op. cit.*, p. 125 sg. i quali ricordano anche le regole del DOMAT, *Lois civiles*, P. I. lib. I, tit. I, sez. II, n. 14 e 19 (« se l' oscurità, l' ambiguità ad ogni altro vizio d' espressione è un effetto della mala fede o della colpa di chi deve spiegare il suo intento, l' interpretazione si fa contro di lui, » — « le espressioni, cui per nessuna via può attribuirsi un senso, si considerano come non scritte ») accolte dal Cod. civile spagnuolo art. 1288 e dal Cod. civ. portoghese art. 684-685.

(10) Così SCHAPER, *Die Grundzüge der Beweistheorie in Strafsachen*, in *Goltdammers Archiv.* XIV p. 183 sg.

(11) STEIN, *op. cit.*, p. 18.

(12) Vedi sull'argomento particolarmente FITTING, in *Zeit. f. dts. Civilprocess*, XIII p. 7 sg. e FADDA, *Il buon padre di famiglia nella teoria della colpa* (Napoli, 1901).

(13) Su di ciò rinviamo allo Studio III.

titulus qualis apparet usus et possessio (14) », con che a noi pare evidente si scambi il materiale obbiettivo con la regola d'interpretazione. Avremmo bensì un precetto direttivo nella norma che stabilisse lo sfruttamento del materiale postcontrattuale (15). Ma, data l'esistenza di una tal norma — su che ritorneremo in seguito — la considerazione del materiale, cui essa rinvia, ricade sotto i principî generali ed i limiti degli art. 1131 e seguenti.

Più larga sfera si designa — sempre nella stessa direzione — con il precetto: « *exceptio est strictissimae interpretationis,* » il cui valore sarebbe questo, che nei negozi giuridici ai quali si applica la ricerca dell'intento dovrà farsi sulla base di presunzioni speciali, appoggiate a motivi peculiari a ciascuno di tali negozi. In ispecie, l'*exceptio* dovrebbe ammettersi sempre là dove la legge consideri con un qualche sfavore un atto, ciò che ad esempio potrebbe sostenersi in materia di rinunzie, di atti di liberalità, di convenzioni matrimoniali, di fideiussione, di negozi costitutivi di servitù ed in genere in ogni obbligazione nei riguardi della prestazione del debitore (16).

La questione qui cennata tocca un campo assegnato ad ulteriore indagine: quello cioè dei rapporti tra presunzioni ed interpretazione (17). Qui va notato soltanto che l'esistenza del riportato

(14) Così già Molineo, *sur l'anc. coutume de Paris*, § 46 n. 43 rip. in Merlin, *Questions*, cit. II, p. 238 sg. — Demolombe, *Traité des contrats et des oblig.*, II (Paris, 1871) p. 42 sg., Larombière, *op. cit.* p. 630 e Gauguier, *op. cit.*, p. 166 — Cfr. Giorgi, *op. cit.* IV p. 173 e Lomonaco *op. cit.*, I p. 225.

(15) Il precetto trovasi nell'art. 1282 Cod. civile spagnuolo. — Baudry-Lacantinerie et Barde, *op. cit.*. I pag. 504 nota 2 avvertono che la regola è fondata in ragione e nell'equità, e s'impone come le altre scritte nei nostri codici per ciò solo che non è esclusa da alcuna disposizione del diritto positivo. L'art. 1341 Cod. civile potrebbe gettare non poca ombra di dubbio su questo ultimo asserto, e ad ogni modo la questione va posta sotto riflessi di diritto processuale, ignorati dai due citati Autori. Ed allora (v. appresso studio IV) si potrebbe essere ancor meno decisi ad accogliere il fondamento razionale del precetto.

(16) Vedi *Allgem. Landrecht*, § 260; Cod. in spagnuolo 1289. Cfr. Gauguier, *op. cit.*, pp. 88 sg. 128, 172.

(17) Quando fosse esatto considerare la dichiarazione contrattuale come indizio e l'accertamento dell'intento corrispondente il risultato di una pre-

precetto non è fondata, poichè per tutti i negozi ricordati è vero che non si deve attribuire alle parti una volontà che le circostanze non provano ch' esse abbiano avuta (18).

Infine, appartiene egualmente alla direttiva segnata il gruppo di regole che si trae dall' art. 1124 c. civ., e che con riferimento ora all' equità, ora all' uso si snoda in una serie più o meno numerosa di singoli precetti. Così, alla prima si riconducono le regole che: « può essere sottinteso tutto ciò che ha tratto all' equità »; — che « si deve scegliere l' interpretazione la quale non conduce a pregiudicare i terzi »; — che « *secundum naturam est cujusque rei eum sequi commoda, quem sequuntur incommoda* » (19).

L' innalzamento dell' art. 1124 a norma d' interpretazione viene fatto sulla considerazione che dicendosi nella legge « i contratti debbono essere eseguiti di buona fede... » vi è implicitamente detto che secondo la buona fede debbansi interpretare. E quando l' art. 1124 continua a dire che i contratti « obbligano *non solo*..... » pare chiaro

---

sunzione, i limiti all' ammissione di quest' ultima sarebbero nell' art. 1354 codice civile (articolo 1353 codice civile franc.), il quale porrebbe come requisito generale d' interpretazione quello che l' esposta dottrina invoca come regola particolare dell' interpretazione di certi negozi. La gravità e soprattutto la precisione, volute dalla legge per l' assunzione di presunzioni *hominis*, rispondono tecnicamente (ove si riferisca l' articolo cit. all' interpretazione, cfr. GAUGUIER, *op. cit.*, p. 92, nota 2) a quel « mostrarsi esigente » del giudice, vagamente richiesto dalla formula dell' esposta opinione. Per ammettere l' asserita regola d' interpretazione come qualcosa di specifico, occorrerebbe dimostrare allora l' esistenza nelle materie speciali elencate di altrettante presunzioni legali le quali potrebbero figurare come regole particolari in confronto alla *praesumptiones hominis*. Ma la dottrina criticata non arriva a tanto e vede anche nelle asserite regole d' interpretazione « stretta » dei semplici consigli (cfr. GAUGUIER, *op. cit.*, pp. 90 e 92).

(18) Rinviamo in ispecie al cap. II di questo studio. Vedi intanto in ordine alle rinunzie FADDA, in *Trad. it. delle Pandette* di WINDSCHEID, I cit. p. 887, e per l' art. 1137 c. civ. il § 3 di questo capitolo.

(19) Vedi GAUGUIER, *op. cit.*, p. 130 sg. — TOULLIER, *op. cit.* III p. 358 e seguenti. — REGNOLI, *Delle obbligazioni* (Bologna 1870) pag. 125 — GIORGI, *op. cit.*, IV. p. 186 sg.

ch' essa presuma rivolto l' intento delle parti, sibbene non espressamente, all' equità, all' uso ed alla legge.

Se sia precisa questa determinazione dell' art. 1124 si vedrà largamente appresso, costituendo la norma contenutavi uno dei capisaldi dell' interpretazione. Anche noi pensiamo che le questioni sulle modalità dell' esecuzione non possano essere scisse da quelle sul contenuto della prestazione da effettuare. Onde, essendo l' interpretazione dei contratti la determinazione del loro contenuto, l' influenza dell' uso o dell' equità o della buona fede sul contenuto si estende anche all' interpretazione (20). Ma quello che sull' art. 1124 vogliamo qui dire è che ci sembra fondamentalmente erroneo porre su di una stessa linea la norma d' interpretazione in esso contenuta e quella degli art. 1131 e sg. — come di solito avviene (21) — riferendo e all' una ed agli altri quella qualifica di *consigli* o di precetti non coercitivi, cui più sopra abbiamo accennato. E mai concepibile che là dove sono dati i presupposti perchè entri in vigore l' equità, la buona fede, l' uso o la legge — anche questa! — il giudice possa allontanarsi dall' osservanza delle norme che ne discendono?

Fermarci su questo punto della questione in ordine alle conseguenze ricongiunte ai contratti dalla legge, sarebbe opera vana, tanto è intuitiva la fondatezza dell' opinione contraria a quella ora riportata. Ma anche nei riguardi con la buona fede e con l' equità è chiaro il carattere coercitivo dell' art. 1124 cod. civ. Si potrà, per vero, discutere se lo spazio per esse sia segnato dalle lacune che la legge od il contratto hanno lasciate, o se non piuttosto esse modifichino addirittura codesta *lex privata* o *publica* (22). Si potrà quistionare sul carattere coattivo della norma per sapere se la determinazione di ciò che risponde alla buona fede od all' equità debba

(20) Cfr. Hoelder, *Zur Theorie der Willenserklärung* (Leipzig, 1905) pagina 31 sg.

(21) Così particolarmente Gauguier, *op. cit.*, pp. 105 sg. 126 sg. — Giorgi, *op. cit.*, IV pp. 172 e 187 sg. Cfr. Cass. Torino, 30 dic. 1892 in *Giurisprudenza* XXX, 200, e Cass. Firenze, 23 Febbraio 1897 in *Annali*, XXXI, 1, 193.

(22) Vedi per tutti Schneider, *Treu u. Glaube*, cit. pp. 13 sg., 119 sg.

farsi o meno con riguardo all'uso (23). Ma non si può arrivare ad ammettere che alle parti sia lecito bandire a proprio libito dalla valutazione giudiziale del negozio quanto è prescritto dalla buona fede e dall'equità. Regolando esplicitamente certe conseguenze che di solito discendono da tali fonti, le parti potranno circoscriverne l'efficacia, ma è un obbligo pel giudice scrutinare queste stesse limitazioni alla luce della buona fede e dell'equità. Senza di ciò sarebbe delusa l'aspettativa che ogni contraente è autorizzato a nutrire sulla condotta onorata dell'altra parte e l'ordinamento giuridico stesso verrebbe meno ai suoi fini (24).

L'uso, infine, s'impone diversamente, ed il terzo capitolo di questo studio vi sarà dedicato per intero. Ma anche per esso non è men vero che senza una dichiarazione delle parti la sua efficacia non può essere disconosciuta dal giudice, che vi è invece rinviato come ad un elemento indefettibile dell'interpretazione.

Cosicchè la dottrina che ponendo in un fascio l'art. 1124 con gli art. 1131-1139 cod. civ. nega a tutti *vis* coattiva, sostiene già pel primo una tesi insostenibile. Epperò nella ricerca che ora instaureremo, di quell'articolo non terremo conto. Ciò corrisponde, del resto, alla considerazione che non basta la semplice pertinenza *prima facie* dell'articolo ai criterî metodici d'interpretazione per considerarlo alla stessa stregua degli art. 1131 e sg. Poichè potrà mostrarsi in esso oltre all'esistenza di un precetto rivolto al giudice anche la struttura di una norma di natura materiale, rivolta alle parti contraenti e contenente la misura dei diritti e degli obblighi rispettivi (25).

(23) Il che non è indifferente per decidere se in taluni contratti commutativi, improntati tuttavia all'egoismo individuale, possa ancora ammettersi come non contrario alla buona fede il « *naturaliter licere contrahentibus se circumvenire* ». Cfr. sulla questione STAMMLER, *Recht d. Schuldverh*, cit. p. 48 sg. e STEINBACH, *Treu u. Glaube im Verkehr* (Vien, 1900) part. pp. 6 sg. 51 sg.

(24) Cfr. SCHNEIDER, *op. cit.*, pagina 19, nota 30, e DANZ, in *Ih. Jahrb.*, XXXVIII, pag. 432 sg.

(25) Questa duplice riferenza è particolarmente rilevata dallo SCHNEIDER, *op. cit.*, pag. 21 a proposito del § 242 del cod. civile per l'Impero germ.: « Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht aus die Verkehrsitte zu erfordern ».

Una simile concomitanza di precetti può al contrario essere revocata in dubbio riguardo agli art. 1131 e sg.

4. Data così ragione dei limiti di questa prima nostra ricerca, ci interesseremo ora d' indagare l' entità degli argomenti che a sostegno della natura non coattiva delle regole generali d' interpretazione dei contratti hanno apportato coloro che non si sono acquietati ad asserire senz' altro l' evidenza di tale insegnamento, ma hanno cercato di fondarlo in qualche modo.

È sembrato anzitutto opporsi alla *vis* coercitiva degli art. 1131 e sg. la dipendenza della loro applicazione da presupposti di fatto, il cui accertamento è lasciato al libero arbitrio del giudice. Il quale potrebbe avvisare ad una minima circostanza di fatto per dichiararli inapplicabili (1).

Ma il rilievo non ci sembra che resista alla critica. Non crediamo, difatti, possa sostenersi che l'arbitrio cui s'accenna — posto ch'esista — sia così sconfinato che il concetto della violazione per esso di una qualche norma di diritto non possa affacciarsi. E neppure crediamo che data la violazione non vi siano ricongiunte reazioni giuridiche.

Su quest' ultimo punto — concesso pure per un momento che, se per l' inosservanza delle regole d' interpretazione s' arrivasse ad un falso giudizio (il « *mal jugé* » della giurisprudenza francese), si resterebbe di fronte a questo risultato senza rimedi (2) — sarebbe

(1) Lomonaco, *op. cit.* I p. 224 e la giurisprudenza italiana citata al n. 1. nota 14 e sg. Si aggiunga ancora Cass. Torino 22 novembre 1880 in *Giurisprudenza. Tor.*, XVIII, 139 che appunto, pel rilievo riferito nel testo, dichiara che le norme sull' interpretazione « non sono tanto rigorose ed imperative da impedire di discostarsene ». Vedi pure Cass. francese, 16 giugno 1881 in Dalloz, *Iurispr. générale*, 31, 1, 313 e Rocholl, in *Zeit. f. dts. Civilprocess*, X p. 313. Contro: Danz, *Die Auslegung der Rechtsgeschäfte* (Jena, 1897), p. 85 sg. Quest' ultimo avverte che se l' opinione esposta nel testo fosse fondata occorrerebbe concluderne che nelle regole d' interpretazione il legislatore avrebbe poste delle norme di diritto abrogandole nello stesso tempo. Ciò che non è sufficiente critica, come si dimostrerà nel n. 5.

(2) Cfr. in proposito Mattirolo, *op. cit.* IV. p. 947 sg., e Gauguier, *op. cit.* p. 219 sg. e lo studio V.

troppo affrettato dedurne il difetto di carattere imperativo di quelle regole. Poichè, se per ciò si trovasse che gli ordinamenti processuali moderni rispetto all'*interpretatio facti* contenuta nella sentenza non consentono tutti quei rimedî giudiziali di autocorrezione che sono concessi in ordine all'*interpretatio juris*, — occorrerebbe non considerare isolatamente tale insufficienza. Si dovrebbe, invece, porla in relazione a quella caratteristica tendenza delle norme processuali a trasformarsi da assolute in dispositive, via via che dalle prime istanze si passa alle superiori, nell'interesse della necessaria definizione delle controversie (3). Ed allora il preteso *arbitrium judicis*, che s'adduce riguardo alle regole d'interpretazione, non apparrebbe più come elemento escludente la virtù giuridica di queste ultime.

Ma non è mestieri insistere su questo punto, come non è necessario discutere qui se si debba rigettare o no la dottrina che considera tutto l'ordinamento giuridico — e non soltanto quello processuale — come un complesso di imperativi tra loro concatenati, di cui l'uno richiama in vita l'altro fino a raggiungerne un ultimo cui fa difetto l'apparato coattivo, pel caso che non gli si presti osservanza (4). Per esimersi da tale ricerca, come dall'applicare alle regole generali dell'interpretazione la figura di *leges imperfectae* (5), basta pensare da un lato che la reazione contro la violazione degli art. 1131 e sg. potrebbe trovarsi vicina almeno nel rimedio processuale del ricorso per cassazione (6); — e dall'altro che — (a parte quanto

(3) Si consultino le belle considerazioni del Bülow, in *Archiv f. civ. Praxis*, LXIV p. 23. sg. il quale peraltro non rileva che la trasformazione cennata avviene tuttavia nel fatto dell'attuazione, non nella struttura concettuale delle norme processuali.

(4) Così Thon, *Rechtsnorm u. subiektives Recht* (Weimar, 1878) pp. 8 sg. 121 sg. Contro: Merkel, in *Grünhut's Zeit.*, VI p. 371 sg. e Binding, *in Krit. Vierteljahrs.* XXI p. 544 sg. Vedi appresso n. 7.

(5) Pel senso in cui può essere intesa la qualifica in diritto moderno vedi Dernburg, *Pandekten*, I. (Berlin, 4. ed. 1894) p. 69. Pel diritto romano Senn, *Leges perfectae, minus quam perfectae et imperfectae* (Paris, 1902) p. 12. sg. Cfr. sull'argomento Endemann, *Ueber die civilrechtl. Wirkung der Verbotsgesetze* (Leipzig, 1887), pp. 10 sg. 67 sg.

(6) Se e quando sia concesso il rimedio della *revocazione* si vedrà nello stu-

riguarda la dottrina del c. d. travisamento dei contratti, la quale non s'è resa mai conto del valore delle regole di cui agli art. 1131 e sg. ed ha operato soltanto con l'art. 1124 [7]) — si trova ammesso qua e là che il giudice non possa arrivare fino a disconoscere le regole d'interpretazione *pienamente e del tutto* (8), e neppure fino a non applicarle quando abbia accertato esistere l'ipotesi cui si riferiscono (9). Ma con ciò è detto che non da un arbitrio assoluto dipende l'osservanza degli art. 1131 e sg, e più ancora ch'essi hanno virtù giuridica. Poichè la limitazione che in quel modo viene posta discende dalla concettuale ammissione di una possibile lesione giuridica. E questa alla sua volta si ricollega alla violazione di qualcosa che ha valore per la volontà dichiarata nel sistema delle norme del giure vigente.

Ma un altro ordine d'idee sembra più decisivo contro il rilievo preaccennato. Si sa che non soltanto al fine di determinare una o l'altra tra le conseguenze di una norma di diritto la legge invoca l'*arbitrium* del magistrato. Talora ciò avviene anche riguardo alla fissazione dell'elemento astratto di fatto, condizionante il dispositivo della norma. Così quand'è il concetto del buon padre di famiglia, o quello della *turpitudo* agli effetti dell'immoralità di un patto, che si tratta di stabilire. Qui per concretizzare l'elemento di fatto della norma il giudice ha da fare con concetti non giuridici, con tesi d'esperienza pratica. Ora nessuno dubita che se allo svolgimento di tale attività sono apposti criterî direttivi o limitativi, come quelli dati dai precetti generici dell'equità e della buona fede o da norme concrete che dichiarino illecito qualche negozio, essi sono obbligatorî pel giudice.

Orbene, le regole generali d'interpretazione tracciano all'attività

---

dio V. — Per l'Ord. process. civile germanico si fa questione se l'interpretazione erronea dia luogo ad istanza per *revisione*.

(7) Sull'intera dottrina rinviamo allo studio V.

(8) Alle sentenze citate al n. 1 nota 14 aggiungi Cass. Firenze, 27 apr. 1868 in *Annali di giurispr.* II, 1. 219 — e 12 giugno 1868, *ibidem* II, 1, 324.

(9) Cass. Firenze, 8 giugno 1874 in *Giurisprud. ital.*, 26, 1, 796 — e 6 marzo 1893, in *Annali*, 27, 1. 122.

del giudice una direzione analoga a quella ora segnata dai suddetti precetti direttivi o limitativi. Si tratterà di singoli giudizi concreti di fatto nell'interpretazione dei contratti, anzi che di giudizî generali, ma è sempre un'attività parallela che viene qui svolta. Così, quando si prescrive di tener presente l'intenzione comune delle parti s'indica da quali tesi empiriche va tolta la premessa maggiore del giudizio che il giudice deve formare sulle *quaestio facti*. Così ancora, quando l'ambiguità di una clausola contrattuale presta base alla formulazione di due giudizî divergenti, la norma dell'art. 1132 interviene per stabilire quale dei due debbasi assumere e valutare alla stregua della norma giuridica che gli conviene.

In questo senso quelle norme frenano l'arbitrio del giudice invece di dargli libero campo, e in tanto l'obbiezione su riportata non rileva un dato capace senz'altro di escludere il valore giuridico degli art. 1131 e sg. Anzi essa cessa d'avere ogni efficacia ove si pensi, che, se fosse fondata, per la struttura ipotetica ed astratta delle norme di diritto, (10) si potrebbe col suo sussidio metterè in forse l'attuazione di ogni precetto giuridico, l'esistenza stessa del diritto.

Il vero è che l'ordinamento giuridico è regola di determinate situazioni, e che all'accertamento d'esse il giudice è chiamato con l'attribuzione di facoltà più ampie ch' non gli siano consentite nell'accertamento *stricto sensu* delle conseguenze dell'imperativo giuridico. E' chiamato come organo che concreta i precetti astratti.

Ma l'ordinamento giuridico cesserebbe d'essere tale e non darebbe più quella sicurtà, ch'è una delle sue prestazioni concettuali, se l'attività necessaria pel concretamento delle norme fosse abbandonata all'arbitrio del giudice. Intanto, nessuno sa negare la precettività delle regole processuali sull'accertamento dei singoli fatti rilevanti di una controversia (11). Ma esse non bastano a

(10) Vedi Hold v. Ferneck, *Die Rechtswidrigkeit*, I (Jena, 1903) p. 202 sg. e Vanni, *Lezioni di filosofia del diritto* (Bologna, 1904) p. 71 sg. Cfr. pure Zitelmann, *Irrtum u. Rechtsgeschäft* (Leipzig, 1879) p. 204 sg.

(11) Cfr. Stein, *op. cit.*, p. 108, e Danz, *Auslegung* cit., p. 86, il quale tuttavia non avverte tutto il profitto che da quest'ammissione può ricavarsi per

fare conquistare la méta sopra cennata. Occorre ancora che dai singoli fatti si formi appresso « l' e l e m e n t o d i f a t t o » concreto, corrispondente a quello astratto della norma. E qui non è meno impellente frenare l' arbitrio del giudice, senza di che il detto che la funzione della sentenza è di a c c e r t a m e n t o di diritto o di rapporti giuridici, come generalmente affermasi, racchiuderebbe un' ironia (12). I nostri lavori preparatorî del Codice civile hanno per l' appunto coordinate a tale esigenza — come potremo vedere — le regole sull' interpretazione. A pensare, quindi, che queste norme, dominanti la sintetizzata ulteriore attività del giudice non abbiano *vis* coercitiva, non può avere spinto che l' inesatta considerazione degli scopi e dei momenti rilevanti del processo interpretativo.

Ma sull' esigenze positive cui le norme generali d' interpretazione rispondono, ritorneremo appresso. Intanto vuolsi avvertire che dell' obbiezione sopra enunciata talora si sposta, per così dire, il centro di gravità col darle un' intonazione processuale. L' arbitrio del giudice, cioè, si troverebbe in questo, ch' egli ha in suo potere di escludere con la redazione *ad libitum* dei motivi della sentenza il controllo sull' applicazione fatta delle regole d' interpretazione. Da ciò deriverebbe la difficoltà di dimostrare che alcuna di esse norme sia stata malamente applicata o falsamente intesa. Per giunta, posto che il giudice di merito dichiari non esservi gli estremi per attuare una regola d' interpretazione, non vi sarebbe nessun rimedio contro una tale dichiarazione. Però quelle norme — riducendosi il controllo della loro applicazione ai casi in cui il giudice le abbia formulate falsamente od in cui risulti dal materiale stesso accertato la loro inosservanza — se pur hanno una virtù giuridica, l' hanno r e l a t i v a (13).

---

la determinazione della natura delle regole d' interpretazione e dell' esatta posizione sistematica di esse. Vedi §. 4.

(12) Rinviamo su questo punto capitale al §. 4.

(13) Cfr. Cass. Torino, 19 febbr. 1881 in *Giurispr. Tor.*, 18, 324 — Appello Genova 25 giugno 1885 in *Eco Giurispr.*, 2, 972 — Cass. Torino 30 maggio 1884 e 5 sett. 1894 in *Giur. Tor.*, 21, 699 e 36, 722. Così pure in sostanza Zachariae-Crome, *Handbuch d. franz. Civilrecht*, II (8 ed. Freiburg, 1894) p. 442 — Cfr. Baehr, *Das Rechtsmittel zweiter Instanz* (Jena, 1871) pp. 22 nota 29 sg. - Pe-

Non possiamo qui antecipare risultati la cui dimostrazione ha bisogno di larghe premesse. Ma possiamo subitò dire che — concessa la natura precettiva delle regole generali dell'interpretazione — non saranno punto i principî che reggono la redazione delle sentenze a paralizzarla.

Invero, per riconoscere all'opinione riportata qualche peso e non rigettarla come poggiata essa stessa sopra un'ulteriore violazione concettuale della legge, occorrerebbe ritenere lasciata del tutto all'arbitrio del giudice la redazione dei motivi delle sentenze. Ciò che non è. Dacchè, anzitutto, la prescrizione positiva dell'art 265 Reg. gen. giudiziario, richiedente l'enunciazione degli articoli di legge sui quali la sentenza è fondata con la sua necessaria estensione alle leggi d'interpretazione — se queste sono leggi — esige quanto è necessario pel controllo di cui parla la superiore obbiezione. La portata della quale non sarebbe neppure decisiva se insistesse sulla n a t u r a m e t o d i c a a s t r a t t a delle regole d'interpretazione, quasi ch'esse non lascino tracce concrete. Poichè l'obbligatoria prospettazione delle « q u e s t i o n i d i f a t t o » ■ del giudizio logico che ne contiene la risoluzione dovranno offrire quel materiale (risultante almeno da tesi di fatto d'esperienza) sulla cui scelta vogliono e debbono per l'appunto influire le regole d'interpretazione. E qui il controllo può trovar luogo — come vedremo — ■ per la funzione processuale di siffatte tesi d'esperienza e pel rapporto in cui si trova rispetto al loro sfruttamento o g n i giudice ed in qualsiasi istanza.

In quanto agli ulteriori atteggiamenti dell'opinione criticata basti per ora preporre che la motivazione della sentenza ha pure esigenze derivanti dal suo concetto, e che per soddisfarvi come non basta ad es. l'asserto che « s t a i n f a t t o », così in relazione alle nostre regole non basterebbe l'asserto che non « v'è l u o g o » ad applicarle (14). In tal caso si può controvertere sull'ampiezza e sulla forma

---

TRESEN, in *Deuts. Juristen Zeitung*, IV p. 281 e le sentenze del Reichsgericht (relative anche al diritto francese) citate dal BOYENS, in *Die ersten 25 Jahre des Reichsgerichts* (Leipzig, 1904) p. 175 sg. note 24 e 28.

(14) Vedi intanto il §. 2 ed appresso lo studio V.

del controllo processuale, ma è pur certo ch'esso non può mancare se è vero che l'esposizione delle « questioni di fatto », di cui all'art. 265 Regolamento gen. giudiziario, è richiesta più che altro per le superiori istanze della causa (15).

5. Ma tra coloro che negano rilevanza giuridica alle regole d'interpretazione molti non si limitano a trarre la ragione di decidere dalla difficoltà di controllo sull'attuazione processuale di esse, od a far questione sul grado d'intensità, con cui se n'esplica l'efficacia. Dichiarano, invece, radicalmente che l'intervento legislativo in materia non approda a nulla, e lo dichiarano non più da un punto di vista teoretico o di politica legislativa, ma di fronte ai testi di un determinato ordinamento giuridico positivo. Che questo accolga soltanto le regole per cui le clausole contrattuali ambigue vanno intese nel senso per cui possono raggiungere un qualche effetto — ed il contratto nel dubbio deve interpretarsi contro chi ha stipulato, oppure a queste aggiunga altre regole, poco monta. Tutte si debbono ritenere poste una accanto all'altra « senza principio » — spunti di generalizzazioni casuali che non hanno alcuna intima unità, nè materiale connessione con l'idea del diritto (1). Così siamo posti di fronte al quesito, ormai *de lege lata*, se le norme degli art. 1131-1139 racchiudano dogmi, precetti teorici o siano invece imperativi giuridici.

La questione non si risolve ritenendo assiomaticamente che i testi citati sono formalmente delle leggi (2). Per poter vedere in questi termini la soluzione della controversia occorrerebbe ammettere,

---

(15) Su questa interessante proposizione, capace di lumeggiare i principî relativi alla redazione delle sentenze abbandonata finora (v. ad es. Mattirolo, *op. cit.* IV. 59 sg. 69) al più assoluto empirismo, rinviamo per ora a Baehr, *Urteile des Reichsgerichts* (München e Leipzig 1883) p. 207 sg. e Wengler, *Thatbestand des Civilurtheiles* (Erlangen, 1884) p. 13 sg.

(1) Stammler, *Recht d. Schuldv.*, cit. pag. 59 sg. e *Richtig. Recht*, cit., pagina 499 sg.

(2) In questo senso Danz, *Auslegung* cit., p. 86; Dereux *op. it.*, p. 108 sg.

come talora s'è fatto (3), che la legge produca sotto qualsiasi circostanza e qualunque sia il suo contenuto, diritto obbiettivo e che non esistano leggi da cui non discende alcuna norma giuridica.

Si dovrebbe però ripudiare quel sano concetto che pone come momento essenziale della legge quale fonte d' ordinamento giuridico materiale la creazione di un imperativo generale limitativo delle sfere individuali di potestà. Ma più ancora si dovrebbe ignorare la verità storica che vi sono stati e vi saranno probabilmente sempre, specie in un' opera di codificazione, testi di legge dal contenuto non obbligatorio (4).

Invero, il problema della tecnica legislativa non s'è posto nella chiarezza di tutti i suoi termini che in tempi recentissimi, per impulso della codificazione civile dell' Impero germanico (5). Non nel senso che prima sia stato ignorato. Già ai redattori del Codice napoleonico appariva chiaro che v' era « una scienza pel legislatore, come ve n' era una pei magistrati, senza che tra di esse vi fosse similitudine ». E quei redattori stessi rilevavano la necessità che nelle leggi fossero soltanto fissati a grandi tratti le massime generali del diritto e posti principî fecondi di conseguenze (6). Ma tutte le complessità del problema — i requisiti generali dell' opera legislativa, la concezione delle disposizioni legali e quindi lo stile dei testi, soprattutto la necessità di evitare ogni invasione nel campo teorico o di sostenere una qualsiasi corrente dottrinale ■ di procedere per via di accentuate astrazioni, — non sono state mai scrutinate con la precisione di oggi.

---

(3) MARTITZ, in *Zeit. f. ges. Staatswissenschaft*, XXXVI, p. 249 sg. Contro: LABAND, in *Archiv f. oeffentl. Recht*. I p. 179 sg.e IELLINEK, *Gesetz u. Verordnung* (Freiburg, 1887) p. 233 sg.

(4) Sull' argomento vedi EISELE, *Unverbindlicher Gesetzesinhalt* cit. — Si intende che, nell' occuparci del problema delle leggi soltanto formali, ci limitiamo a quelle che possono avere attinenza col nostro argomento. Pel resto vedi l'opera avanti citata del JELLINEK, part. pag. 226 sg.

(5) Vedi gli interessanti scritti del GÉNY, in *Livre du centenaire* cit., pag. 987, dello ZITELMANN, *Die Kunst der Gesetzgebung* (Dresden, 1904) ■ del KOHLER in *Archiv f. civ. Praxis*, vol. 96, p. 345 sg.

(6) PORTALIS, in FENET, *op. cit.*, I. pr. 470 e 475 sg.

Ed oggi non fa difficoltà il secernere una certa quantità di processi tecnici giuridici dalla sfera di quelli peculiarmente attinenti all'attività legislativa. Tali, ad es., le classificazioni (7) e le sistemazioni contenute nei testi di legge, le quali non hanno valore obbligatorio per utili ch' esse possano essere alla scienza quando sono esatte. Per vero ogni sistema è espressione di rappresentazioni puramente teoretiche cosicchè manca alle norme che lo dichiarano il riferimento pratico che è proprio di ogni norma di condotta. Però l'ordinamento delle materie non vincola, e dalla materia classificata si può trarre una norma obbiettiva in direzione magari opposta a quella segnata dal giudizio racchiuso nella classificazione legislativa.

In particolare ciò è vero pel sistema, dacchè questo non è soltanto un ordinamento esteriore posto per dominare e ricordare più facilmente la materia, ma soprattutto il risultato della penetrazione dell' intima essenza dei principî direttivi e degli scopi delle norme giuridiche (8). Dal qual punto di vista è facile intendere che il medesimo non può essere opera del legislatore, ma deve venire dopo l' opera legislativa, potendo la combinazione dei singoli precetti positivi attingere risultati ch'erano estranei alla mente dei fattori della legge (9).

Per le definizioni si suole ripetere lo stesso, in quanto quelle «nominali» riducendosi ad un giudizio logico (10) non possono

(7) Ogni classificazione è coordinazione di concetti giuridici e non v'è dubbio ch' essa non sia obbligatoria nè per la pratica nè per la scienza. Vedi ad es., cod. civ. art. 532, 617, (1) 1097 ecc.; cod. comm. art. 76 ecc. Cfr. KOHLER, *l. c.* p. 858 sg. e WENDT, *Ueber die Sprache der Gesetze* (Tübingen, 1904) p. 18 sg.

(8) Vedi particolarmente ZITELMANN, *op. cit.*, alla nota 5 p. 17 sg. e *Gefahren, cit.* pag. 24 sg.

(9) Con riguardo a quanto si osserva nel testo si potrebbe trovare non molto esatta la formula del MEUMANN, *Prolegomena z. einem System des Vermögensrechts* I, (Breslau, 1903) p. 5, che cioè la codificazione deve cominciare con ciò che per la scienza è la chiusa del suo lavoro, quindi con l' esposizione di un sistema. Certo, il sistema scientifico è potenzialmente racchiuso nell' opera legislativa, ma per la possibilità cennata nel testo s'intende che il sistema del legislatore ha un valore solamente esteriore.

(10) Questo contenuto non è meno proprio delle definizioni «reali,» che

creare da per se diritto obiettivo. Ma occorre meglio precisare. Può darsi che con la definizione sia congiunto l' imperativo di porre a base delle norme nelle quali s' incontri il definito la definizione data dalla legge. Anzi, spesso, la portata dell'imperativo sarà quella di agire anche da « norma interpretativa » della volontà dei privati (11). Nel primo verso la disposizione rientra indubbiamente nella competenza materiale legislativa e la scienza non può rigettare la definizione sotto pretesto della sua inesattezza. Nel secondo verso, data la particolare natura dell' intento legislativo, il precetto condividerà la sorte che vedremo propria di tutte le norme interpretative, e dovrà applicarsi quando ne ricorrano gli estremi senza che si possa neppur qui fare questione della sua esattezza od inesattezza. In verità ad uno o all' altro di questi predicati non si può ricorrere per qualificare la norma di legge se non quando si tratti di definizioni « reali », che si trovino in contrasto con le singole regole date all' istituto od al rapporto definito (12).

Quanto alle costruzioni giuridiche, esse non spettano al legislatore e non sono da osservarsi se non riescono a dare un esatto fonda-

---

tuttavia non prescindono, come le nominali, dal determinare la posizione di un concetto in mezzo ad un complesso di altri concetti. Vedi in proposito WUNDT, *Logik*, II. P. 1. (2. ed. Stuttgart, 1894) pag. 41 sg. Cfr. pure P. II. (1895) pag. 580 sg.

(11) Vedi ZITELMANN, *Intern. Privatr.*, II. cit. p. 217 sg. ed appresso capitolo II. Cfr. cod. civ. art. 421-424.

(12) Occorre tenere ben distinte le definizioni dalla posizione degli elementi condizionanti il dispositivo delle norme giuriche, — posizione che per sè non racchiude neppur essa un imperativo giuridico, ma è la qualifica indeclinabile degli elementi sociali rilevanti pel diritto. In questo senso può dirsi che la qualifica è destinata a dirigere l' interpretazione. Alla distinzione non hanno posto mente nè l' EHRLICH, in *Burians Iurist. Blätter* cit. p. 456 sg. (il quale per tale omissione combatte l' opinione comune dell' assoluta inobbligatorietà delle definizioni), — nè il GÉNY, *l. c.*, p. 1013 sg. (il quale scambia per definizioni tutte le posizioni degli elementi condizionanti i diversi contratti nominati). — Posta la distinzione, non potremo trovare definizioni in senso proprio ad es. negli art. 240, 632, 714[1], 1315 cod. civ.; bensì negli articoli 436, 531, 617, 618 ecc.

mento di tutte le norme specifiche relative a ciò che si costruisce. Posto anzi un tale ordinamento concreto, la costruzione non può essere che il risultato della valutazione sintetica dei suoi effetti. Ed allora è chiaro ch' essa viene dopo la legge, per una ragione identica a quella sopra esposta per le definizioni, le quali assai spesso nella loro forma reale non sono che la formula enunciativa di una costruzione (13).

Ma anche qui occorre andar cauti. La costruzione, come attività logica per condurre l'ignoto al noto, può imporsi coattivamente quando per lo spazio, per così dire, lasciato in bianco nel regolamento di un rapporto o di un istituto giuridico essa rinvia ad altra figura particolarmente disciplinata.

Qui si potranno secondo i casi riscontrare anche gli estremi di una finzione (14), ma la costruzione deve rispettarsi nei suoi risultati pratici, siano le norme, cui da essa si è rinviati, più o meno opportunamente scelte per accogliere il rapporto costruito. Tutto al più in questi casi potrebbe farsi questione dell' effetto di un motivo erroneo, che abbia provocata la costruzione, sull' attuazione delle norme ch' essa sintetizza. Ma su ciò ritorneremo tra poco.

Al campo delle figure considerate dobbiamo, infine, aggiungere le *regulae juris*, la cui struttura è quella di un giudizio narrativo, guadagnato per astrazione da norme concrete di diritto positivo. Però dobbiamo raffigurarcele sempre come rappresentazioni che si rivolgono all'intelligenza e ad essa soltanto, e non su-

(13) Vedi Eisele, *l. c.* p. 49 sg.; ed Ehrlich, *l. c.* pp. 511 sg. 546 sg., il quale ultimo avverte che la non obbligatorietà di queste leggi formali discende ovunque nei casi esaminati dal principio che le leggi debbonsi interpretare secondo lo spirito, non letteralmente. A noi pare più decisiva la considerazione che non obbligano perchè difettano del lato materiale della legge. — Sulla costruzione scientifica ritorneremo appresso.

(14) L' Eisele, *l. c.* p. 50 nota 2 contesta all' Ihering (*Geist d. römischen Rechts*. II. nota 515) che la finzione possa essere una costruzione, mentre è la rinuncia a costruire. Ciò è vero per le finzioni materiali, non per quelle formali il cui effetto è semplicemente l' estensione dell' ordinamento già dato ad un rapporto ad altro rapporto. L' estensione implica qui un' attività costruttiva di quest' ultimo. Vedi ad es. nel nostro diritto gli art. 684 e 1094 cod. civile.

scettibili che del predicato di vere o false, esatte ed inesatte. In conseguenza, di esse non è concepibile violazione, poichè o la regola tocca ed allora conserva tale suo carattere, o non conviene ed allora perde pel caso concreto il suo valore di regola (15).

In questi termini è chiaro che le *regulae juris* non racchiudono in sè una norma, un imperativo capace di agire sulla volontà umana, per quanto là, dove la regola è commisurata alle leggi dalle quali s'induce, sia frequente il suo trattamento come una vera norma di diritto (16).

Contro quest'ordine di idee si potrebbe far valere che l'essenza stessa del diritto e delle leggi importa che in essi distinguasi un duplice elemento: il teoretico ed il pratico in quanto vogliono agire e come precetto e come forza (17). Ma pur consentendo nella prima direzione, che cioè il diritto dà nozioni e vuole determinare un sapere, in quanto soltanto in questo modo gli è dato di esercitare il suo potere — non resta infirmato quanto noi abbiamo detto sulle *regulae juris*. Delle quali non ci sarebbe bisogno sempre mai in un codice, posto ch'esse non vogliono conseguire l'intento pratico, susseguente e strettamente avvinto al teorico, delle vere norme di diritto. Rispetto a quest'ultime soltanto può essere perciò discorso di lesione e quindi di torto giuridico.

---

(15) Questo stesso concetto ha esposto il THOEL, *Einleitung in dts. Privatrecht* (Lpz. 1851) p. 142 sg. molto incisivamente, se non con precisione, dicendo che « Rechtsregel ist nie anzuwenden; sie trifft zu oder trifft nicht zu ».

(16) Cfr. EISELE, *op. cit.*, p. 57 sg. — Il principio generale di diritto, pur derivando anch'esso da un'astrazione da norme che sono particolari rispetto al medesimo, differisce dalla *regula juris* in quanto questa non contiene come quello un imperativo. — Avuto riguardo a siffatta distinzione non ci sembra sufficiente la critica da ANT. SCIALOJA, *Le fonti delle obbligazioni* (Milano, 1904) p. 11 sg. opposta a NIC. COVIELLO (in *Riv. ital. per le scienze giurid.*, XXIII p. 197) ed al PLANIOL (in *Révue crit. de législ. et de jurispr.*, 1904, p. 224 sg.) circa lo sfruttamento del precetto « *neminem laedere* » quale fonte di obbligazioni. Non basta dire ch'esso sia soltanto il « fondamento » o una « semplice giustificazione » delle obbligazioni, perchè con ciò non si dimostra, ma si presuppone che il precetto non contenga un imperativo. Ed è questo il centro di gravità della questione.

L'indagine svolta ci convince da un lato che senza un infondato apriorismo non si potrebbe escludere l'esistenza di leggi dal contenuto non obbligatorio; dall'altro ci conduce a chiederci se le regole d'interpretazione scritte negli art. 1131 e seg. rientrino nell'una o nell'altra delle configurazioni teoriche esaminate. Che in esse si tratti di classificazioni, di sistema o di definizioni può essere escluso *a priori*. Resterebbe a domandarsi se quelle norme siano *regulae juris* nel senso precisato. Il rinvio ad una tale qualifica pare anzitutto contenuto nella posizione di non poche regole d'interpretazione del *Corpus juris* sotto il titolo (D. 50, 17) *de regulis juris* (18). Di più, sembra accennarvi il rilievo costante nella nostra giurisprudenza che gli art. 1131-1139 c. civ. servono quando la posizione concreta dell'atto da interpretare viene in essi rispecchiata. Nell'ipotesi contraria quegli articoli non rappresenterebbero una regola, nè il caso che vi si sottrae un'eccezione. E quest'ultimo rilievo coincide appunto con ciò che abbiamo detto caratteristico delle *regulae juris*.

Per rispondere al quesito sarebbe necessario conoscere di quali principî giuridici le norme d'interpretazione potrebbero figurare come un'astrazione. Ma qui la dottrina comune ci lascia in asso, poichè parlando delle regole d'interpretazione come di precetti logici essa implicitamente nega che possano avere a base un qualche principio di diritto. La ricerca che si farà appresso illuminerà su questo punto. Ma prima di affrontarla occorre porsi ancora un altro quesito alla cui soluzione porterà una stessa indagine, — quesito reso necessario da un'ipotesi sopra formulata a riproducente nella sua base una posizione analoga a quella propria delle *regulae juris*.

Dobbiamo chiederci, cioè, se gli articoli di una legge — che indubbiamente sia tale dal punto di vista formale — possano non avere virtù obbligatoria per effetto del motivo che ha presieduto alla loro re-

(17) Così Merkel, *Juristische Encyklopädie* (2. ed. Berlin, 1900) pp. 24 sg. 42 sg. Cfr. Wundt, *op. cit.*, II. P. 2. p. 553*.

(18) Vedi ad es., i frammenti 12, 20, 34, 56, 64, 67, 76, 79, 85, 90, 94, 96, 113, 114, 122, 195 ecc.

dazione; se in particolare l' erroneità del motivo o il venir meno di esso spogli la regola della *vis* che aveva. Questa ricerca è necessaria avuto riguardo a quella qualità di norme secondarie, che come abbiam sopra detto le regole d' interpretazione potrebbero avere.

Sulla questione il nostro pensiero è, brevemente, questo, che all' infuori dei casi nei quali il legislatore sorpassi i limiti posti alla sua competenza non da particolari contingenze di un dato diritto positivo, ma dal fondamento stesso del diritto obbiettivo e che però dominano la stessa opera legislativa (19), nessuna virtù ablativa abbia l' erroneità o il difetto del motivo da per sè. Se la disposizione contiene un precetto, qualcosa che deve avvenire, nonostante quell'erroneità o deficienza la sua *vis* obbligatoria si avrà. Solo potrà scuoterla di fatto, com'è regola generale finchè non sia stata abrogata, il venir meno della situazione materiale cui si riferisce, — cosa nei nostri termini assai facile. Il motivo cioè non ha ragione di vedere sublimata la sua efficacia quand' è erroneo più che non l'abbia quand' è esatto.

Certo, si deve anche prospettare che alla posizione di principio così fondata si potrebbe tentare di togliere solidità accettando quella concezione delle norme giuridiche che fa di esse altrettanti giudizi logici, — concezione che *prima facie* parrebbe fonte di possibili diversi risultati nell' agitata questione. E' noto, difatti, che alla dottrina la quale considera le norme come imperativi s' è opposto che del comando è indefettibile un momento altamente individuale e intrasgressibile, — momento che non può riscontrarsi nei termini di un giudizio. Ma, a ridurre, tuttavia, a questo la norma, spinge la considerazione ch'essa vuole esprimere un rapporto di causalità tra certi fatti e un dovere, del quale è investita una persona (20). E' palese che con siffatta valutazione dei precetti del

(19) Vedi Eisele, in *Archiv f. civ. Praxis* LXIX p. 278 sg.

(20) Così Zitelmann, *Irrtum u. Rechtsgeschäft*, cit. p. 221 sg. Cfr. Manigk, *Das Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte* (Breslau, 1901) pagina 11 sg.

diritto obbiettivo si potrebbe essere tentati di ascrivere al motivo della norma un valore diverso da quello da noi assegnatogli.

Ma — poichè pure concependo i precetti di diritto quali giudizi ipotetici, si riconosce che il vincolo tra i fatti e la conseguenza giuridica è posto esclusivamente dalla volontà del legislatore, e che nella relazione fra quei due termini non v' è nè logica necessità nè causalità naturale, ma soltanto una caratteristica forma di necessità creata tutta dall' uomo (21), — ed è erronea la concezione suesposta, e non se ne può trarre la conseguenza che la norma, come sintesi logica di concetti, in tanto valga in quanto sia esatto il suo motivo.

Per vero la norma giuridica può essere p r e c e d u t a nel legislatore da un giudizio logico, ma non è essa stessa giudizio quando il suo divenire è compiuto. Allora, in quanto essa vuol dare regola alla vita, non può ridursi ad una semplice r a p p r e s e n t a z i o n e, ma deve essere un v o l e r e d e t e r m i n a n t e e la sintesi che racchiude essere non narrativa, ma espressione di quello che d e v e avvenire. In definitiva, la dottrina che considera le norme come altrettanti giudizi confonde da un lato il fatto che una determinata volontà è regolatrice di una certa sfera sociale con l' a s s e r z i o n e di tal fatto. E dall' altro trascura che l' elemento individuale ed intrasgressibile proprio degli imperativi esiste sempre nella volontà sulla quale la norma riposa, perchè l'essere questa una volontà generale non le toglie di abbracciare i n d i v i d u a l m e n t e tutti gli oggetti e tutti i soggetti ai quali si estende (22). Concludendo, quindi, non è il motivo che dà il valore alla relazione posta tra i fatti e la conseguenza giuridica, sibbene la volontà del legislatore, — e la possibilità di ri-

(21) Vedi lo stesso ZITELMANN, *op cit.* p. 225 sg. Cfr. WUNDT, *op. cit.* II. P. 2. pag. 577 sg.

(22) Cfr. ELTZBACHER, *Die Handlungsfähigkeit*, I. (Berlin, 1903) p. 39 sg. Il BIERLING, *Iurist. Principienlehre* I, (Freiburg u. Leipzig, 1894) p. 28 sg. parla soltanto di a n a l o g i a tra norma giuridica e giudizio ipotetico; e l' EHRLICH, *op. cit.*, p. 512 ritiene che quanto più la norma si fa astratta e generale staccandosi dal comando, concettualmente individuale e concreto, tanto più si avvicina ad un giudizio.

durre la norma alla formola di un giudizio non influisce sull' entità sostanziale di essa.

Applicata questa conseguenza alla nostra questione ci dà come risultato che la possibile erroneità del motivo che ha indotte le norme degli art. 1131 e sg. non potrebbe essere decisiva. Più concretamente — posto che il rapporto logico in cui le regole d' interpretazione stanno alle norme primarie, nella loro attuazione, sia dato dal limite apposto all' arbitrio del giudice, — se il motivo per cui lo si è stabilito (il « servire, cioè, gli articoli 1131 e sg. da farsi al magistrato » — o l' « essere i canoni interpretativi racchiusivi saldamente fermati dalla scienza ») è erroneo, ciò è giuridicamente indifferente (23).

Ma dalla configurazione logica prospettata sorge l' ulteriore necessità d' indagare se il m e z z o racchiuso nelle regole d' interpretazione — poichè così esse possono considerarsi rispetto alle norme primarie — non sia inidoneo da per sè stesso, perchè fuori della competenza legislativa, ad attingere u n q u a l s i a s i effetto. E questa un' indagine pregiudiziale che devesi esaurire prima ancora d' accertare quali siano le norme primarie di cui abbiamo detto più volte. I suoi risultati ci metteranno anche in grado di decidere se le norme degli art. 1131-1139 siano soltanto configurabili come *regulae juris*, poichè ci daranno modo di vedere se siano s e m p l i c i a s t r a z i o n i da principî giuridici positivi.

6. Il presupposto più o meno coscientemente avvertito — vorremmo dire il pregiudizio — della comune dottrina sul valore delle regole d' interpretazione è appunto la convinzione d e l l' i n i d o n e i t à d e l m e z z o ch' esse racchiuderebbero se dovessero avvisarsi come imperativi giuridici. Quella dottrina opera con maggiore o minore chiarezza con l' i m p o s s i b i l i t à n a t u r a l e di dominare giuridicamente l' attività da cui risulta il giudizio interpretativo. E questa convinzione sembra tanto più salda in quanto le si dà alimento anche all' infuori della nostra materia, per esempio in quella dell' interpretazione autentica legale.

(23) Vedi *Verbale N. 33 della Comm. di coord.*, in GIANZANA, *l. c.* p. 292.

In quest' ultima sfera, difatti, è sull' orma più o meno marcata del sopprannunciato presupposto che s' è arrivati a sostenere non essere implicito nell' interpretazione legale autentica alcun divieto al giudice d' intendere la legge interpretata diversamente da ciò che ha fatto il legislatore. Dal che s' è tratta la grave conseguenza che là, dove non convince la *vis* dell' interpretazione autentica, si possa applicare la vecchia legge nel senso che sembra più esatto (1).

Certo, a questo insegnamento ne contrasta un altro che formula le leggi d'interpretazione autentica come leggi risultanti dall'imperativo di r i t e n e r e e s a t t a la spiegazione ch' esse danno di norme antecedenti (2). Ciò che presupporrebbe possibile quel dominio della logica, che pare il campo d' azione delle regole d' interpretazione dei contratti, ■ che comunemente si ripudia.

Sulla controversia noi ci associamo a coloro i quali — respinta tanto la prima costruzione che non valuta a sufficienza la portata dell' imperativo contenuto nelle leggi d' interpretazione autentica, quanto la seconda che assume possibile la coercizione logica di t u t t o u n g i u d i z i o — considerano le leggi in questione come la fonte di nuovi principî di diritto, aventi forza retroattiva quand' esse non spiegano e s a t t a m e n t e la legge precedente (3).

---

(1) Così Goeppert, in *Ihering's Jahrb.* XXII pp. 193 e 198.

(2) Vedi Kierulff, *Theorie des gem. Civilrechts*, I (Altona, 1839) p. 36 e Windscheid, *Diritto delle Pandette* cit., I p. 64.

(3) Così Eisele, *l. c.* p. 36 sg. il quale avverte che la critica scientifica può esercitarsi sull' esattezza o meno dell' interpretazione fatta dal legislatore, ma non al fine di escluderne il valore imperativo. Ci pare più preciso dire « al fini di determinare fin dove si estenda la sua retroattività ». — Questa limitazione ha tratto ad un punto non bene indagato nella dottrina dell' interpretazione legale autentica, ma capace di evitare molte controversie in cui essa s' imbatte: quello di sapere quali possano dirsi c o n c r e t a m e n t e leggi interpretative. Occorre un' espressa autoqualifica della legge in tal senso? E quando si tratta di legge n u o v a, quando di legge interpretativa? Vedi in proposito Chironi e Abello, *Trattato di dir. civile ital.*, I (Torino, 1904) p. 59. — Una formula contraria a quella posta nel testo accoglie Gianturco, *Sistema di diritto civile*, I (Napoli, 1894) p. 28, dicendo che l' interpretazione autentica « in quanto n o n costituisca un *jus novum*, ma dichiara soltanto quello esistente è retro-

Ma la concessione che così facciamo non è produttiva di conguenze per la dimostrazione che dovremo dare della pertinenza delle leggi generali d'interpretazione dei contratti alla sfera di competenza legislativa. Non è produttiva di conseguenze perchè quest' ultime leggi si prospettano diversamente dalle leggi d' interpretazione autentica (4), in quanto non impongono nè un *jus novum* e neppure la conclusione concreta di un giudizio logico, ma stabiliscono i limiti principali o sussidiari dentro i quali quella conclusione va liberamente trovata. Però stesso queste non si adattano come le prime ad essere veste esteriore di un principio di diritto materiale. Più ancora: quella concessione non ci è sfavorevole, perchè a noi sembra che le regole d' interpretazione non insistano punto sul dominio dell' attività logica del giudice, ma abbiano per oggetto una sua determinazione di volontà.

Questa proposizione merita d' essere fondata già nei riguardi dell' attività interpretativa nel suo complesso poichè essa sta in antitesi con la comune opinione. E in questo verso il nostro assunto potrebbe sembrare sostenuto anzitutto dalla forma estrinseca delle disposizioni racchiuse negli art. 1131 sg., i quali nelle parti più rilevanti contengono la formula imperativa « si deve ».

Certo non da questo, senz' altro, vogliamo argomentare il contenuto sostanziale delle regole d' interpretazione. Non lo potremmo senza dimenticare quanto abbiamo esposto nel numero precedente e ciò ch' è il suo complemento: esservi cioè articoli di legge spogli da

---

attiva ». Per lo meno pel caso in cui il carattere interpretativo della legge sia espressamente dichiarato « per tutte le sue norme, la formula può trovarsi non scevra di dubbi. Poichè, se l' interpretazione autentica corrisponde al contenuto della legge interpretata non si può parlare propriamente di alcuna retroattività riducendosi la nuova legge a comandare che sia applicato il diritto vigente. Ben diversamente è nel caso opposto.

(4) Il prender partito sulla questione non è indifferente anche per l' ulteriore esame della posizione sistematica delle leggi sull' interpretazione, e del quesito se esse creino diritti subiettivi. Sui quali punti taluno (DANZ, *Auslegung* cit. p. 90 sg.) ha creduto di poter argomentare dalla natura dell' interpretazione legale autentica.

forma imperativa, eppure contenenti norme di diritto obbiettivo (5). Perciò stesso non abbiamo motivo *a priori* di contrapporre agli articoli 1131, 1132, 1133 e 1135 i restanti del paragrafo sulle regole d' interpretazione, nei quali ultimi la veste esteriore si approssima a quella di un giudizio narrativo, che renda edotti di ciò che è, anzi che di ciò che dev' essere (6).

Ma abbiamo voluto rilevare l' elemento della forma perchè ci pare che in gran parte corrisponda a quella che secondo noi è l' essenza del diritto obbiettivo: l' imperativo. Siccome questo non può avere riferimento se non ad una determinazione di volontà, assodata la verità di tal' essenza avremmo un criterio sicuro di qualifica delle regole sull' interpretazione — ove ci riuscisse di dimostrare essere l' oggetto di queste quello sopra precisato.

Tuttavia, la tesi generale enunciata sulla struttura della norma giuridica non è affatto scevra di dubbi ed a rimuoverli, per quanto al nostro tema può interessare, noi siamo anzitutto rinviati (7).

7. La concezione della norma di diritto come un imperativo, e dell' ordinamento giuridico come di un sistema d' imperativi, è acqui-

(5) Certo, la forma imperativa della norma è quella storicamente precedente e prevalente, ma sarebbe erroneo dedurne ch'essa sia la sola. Cfr. WENDT, *Die Sprache* cit., p. 10 sg., il quale ha torto tuttavia quando da quest' ultimo dato vuol derivare l'erroneità della «dottrina dell'imperativo», che noi accogliamo nel testo. In ciò è lo scambio di una questione di forma con una questione di sostanza, e la dimenticanza — a parte quanto s' avvertirà in seguito — che neppure per la dottrina da noi seguita tutto ciò ch' è in una legge, nè ogni articolo di essa da per se, è norma giuridica. Vedasi la formula del BIERLING, *Iurist. Prinzipienlehre*, I cit, p. 30 sg. Cfr. poi EHRLICH, *l. c.* p. 522 sg.

(6) S' intende che il diverso atteggiamento della forma esteriore, soprattutto l' uso del verbo al presente indicativo anzi che al futuro non bastano a fare argomentare della natura didattica della disposizione. E non crediamo che la diversa costruzione temporale degli articoli si possa indicare propria della tecnica del Cod. napoleonico a quel fine, — come pare ritenga l' EISELE, *l. c.* p. 43 sg.

(7) La necessità di quest' indagine nel nostro tema era già enunciata dal FILOMUSI-GUELFI, *Lezioni* cit., p. 606 sg. La proposizione da noi premessa nel testo, segnante il pregiudizio della comune dottrina, spiega tale necessità.

sita alla luce della teoria critica della conoscenza, in quanto essa è guadagnata deduttivamente da quest' altra formula: che cioè il diritto, come forza obiettiva, non fa che porre dei motivi nei subietti disposti ad agire contro i suoi precetti (1).

Non ci si obbietti subito che la concezione è unilaterale in quanto essa trascura che la norma, occorrendo, passa oltre la volontà e attua gli scopi garantiti indipendentemente da questa (2). Si può notare all' incontro che la funzione determinante della volontà viene esercitata dal diritto anche quand' esso realizza la coazione fisica concomitante alle norme. Sarà un motivo diverso da quello primariamente offerto che sarà presentato — relativo ora alla necessità di subire l' attuazione specifica diretta della sanzione (3) —

---

(1) Per la teoria dell' imperativo si sono dichiarati particolarmente: VANNI, *Lezioni* cit., p. 69 sg.; FILOMUSI-GUELFI, *Enciclopedia giuridica* (4 ed. Napoli, 1904) pp. 11 sg. 29 sg.; VENEZIAN, in *Lezioni di diritto civile* (Litogr. raccolte da Angeletti e Pasqualucci, Bologna 1903-904) pp. 6 sg. 35 sg. — THON, *op. cit.*, pag. 7 sg.; ZITELMANN, *Irrtum u. Rechtsgesch.*, cit. pag. 20; BIERLING, *Iurist. Princip.*, II cit., pag. 27 sg.; EHRLICH, in *Iurist. Blätt.*, cit., pag. 511 sg.; MERKEL, in *Holtzendorff's Encyklopädie* (5 ed. Leipzig, 1890) p. 8 sg.; BERGBOHM, *Iurisprudenz u. Rechtsphilosophie*, I (Leipzig, 1892), p. 94; BRODMANN, *Vom Stoffe des Rechtes u. seiner Struktur* (Berlin, 1897), p. 16 ed il HOLD v. FERNECK, nel suo bel libro più volte citato, *Die Rechtswidrigkeit*, I spec., pagina 98 sg.

(2) Così ROCCO ALFR., *La sentenza civile* (Torino, 1906), p. 3, nota 3. Vedi tuttavia *ibid.*, p. 98 sg.

(3) Il concetto è comunemente posto quando si parla di *obbligo* al risarcimento dei danni come di particolare sanzione. — Con quanto è detto nel testo non si intende accogliere la dottrina che distingue la norma - *precetto* dalla norma - *sanzione* (vedi particolarmente BINDING, *Die Normen u. ihre Uebertretung*, I, 2 ed. Leipzig, 1890, specialm. pp. 7 sg. 101 sg.). Senza la sanzione non si può parlare di norma giuridica, e gli insegnamenti contrari si fondano sullo scambio della coazione meccanica con quella psichica derivante dalla sanzione. L' ultima soltanto, e non la prima, è immanente alla norma, bastando che della coazione fisica sia posta la *possibilità dell' uso*. Ciò ch' è bene espresso altrimenti dicendo che alla singola norma è essenziale la coazione psichica; al diritto obbiettivo, considerato nel suo complesso, anche quella meccanica. Cfr. VANNI, *l. c.* pagina 76 sg. e FILOMUSI-GUELFI, *op. cit.*, p. 24 sg. ed HOLD v. FERNECK, *op. cit.*, I pp. 82 sg. 164 sg. — In particolare, per noi l' unità del precetto con la san-

ma non è una differenza della struttura logica dei diversi momenti della norma che si può qui sostenere (4). Ⅲ la funzione preventiva e quella repressiva del diritto operano entrambe con la posizione di motivi.

Questi ultimi tutelano interessi della convivenza civile, e ad una considerazione obbiettiva appaiono quali o b b l i g h i, in quanto nella concezione deterministica del volere risultano imporsi n e c e s s a r i a m e n t e ai subietti, sotto la pressione psicosociale di tutte le forze etiche che dominano la società umana (5). In altre parole, quindi, la dottrina che fa della norma giuridica un imperativo vuol dirci ch'essa opera come forza che impone obblighi mediante comandi o divieti (6).

E' bene avvertire che la teoria esposta non pretende di bastare da sola a rendere tutti i termini del fenomeno giuridico, nè tanto meno vuole sublimare o intensificare l'apparato coattivo del diritto (7).

---

zione è data dal fatto che la realizzazione di quest' ultima è contenuta anche nell' attuarsi della funzione *preventiva* del diritto, la quale si svolge almeno per virtù della semplice posizione della coazione fisica. Diciamo « a l m e n o » perchè non le sole conseguenze giuridiche specifiche entrano a formare la sanzione, ma accanto ad esse stanno ■ conseguenze tratte dal campo delle forze etiche, e la reazione della coscienza giuridica e le sanzioni di puro fatto. Vedi in proposito HOLD v. FERNECK, *op. cit.*, I p. 171 sg.

(4) In definitiva il realizzarsi della sanzione risponde alla fase p r a t i c a della norma giuridica, ■ l' assunto del testo poggia sulla necessità di distinguere la f o r m a l o g i c a della medesima dal suo m o d o d' a t t u a r s i.

(5) Sull' imprescindibilità della concezione deterministica del volere e sulle conseguenze ch'essa porta nella dottrina dell'imperativo vedi HOLD v. FERNECK, *op. cit.*, I pp. 51 sg. 76 sg., il quale ha ben rilevata l' importanza del principio per l' intero campo del diritto.

(6) Da questa costruzione bisogna distinguere quella che in ogni legge separa dal contenuto il comando, vedendo in questo soltanto la veste a u t o r i t a r i a con cui si presenta la volontà produttiva di diritto, come tale. Il contenuto e l'essenza della legge non sarebbero toccati da siffatto comando. Vedi per tutti LABAND, *Staatsrecht des dts. Reichs*, I (3 ed. Freib. 1895), p. 488 sg. e WENDT, *Die Sprache* cit., p. 6. C o n t r o : KOHLER *Lehrbuch* I cit., p. 88 sg. — Cfr. sull' argomento anche SCHULTZE, *Privatrecht u. Process* (Freiburg u. Tübingen, 1883) p. 87 sg.

(7) Così rispettivamente PERNICE, in *Grünhut's Zeit.*, VII, pagina 175 ■ BINDING, in *Krit. Vierteljs.*, XXI, p. 554 — HOELDER, *Objectives u. subjectives*

Invece, essa è ben cosciente da un lato di tracciare soltanto la costruzione formale della norma, considerata come forza obbiettiva, lasciandone da parte l'aspetto subiettivo; e dall'altro di essere formula metodica di conoscenza di ciò che è, e non di creazione di norme.

Tuttavia, nella sintesi con cui l'abbiamo esposta la teoria rileva a sufficienza che la via maestra per cui il diritto vuole influire sulla volontà umana non è quella dell'intelletto o del sentimento. Il che corrisponde a quanto anche una superficiale osservazione di concreti sistemi giuridici permette di stabilire: che cioè il diritto non vuole mai convincere ed esige, invece, ossequio anche quando le sue norme si possano qualificare inopportune o irrazionali. La posizione di motivi, invero, è coercizione di motivi, che si esauriscono nella creazione di relazioni tra chi è tutelato dall'imperativo e chi ne è obbligato e potrebbe resistervi, ma che dalla sanzione stessa dell'imperativo sarà piegato all'osservanza (8).

L'insegnamento che abbiamo accolto non è, tuttavia, pianamente seguito. Gravi critiche gli si sono rivolte anche di recente. Così lo si è accusato di non rispondere alla concezione moderna dell'ordinamento giuridico. Come dottrina storica potrebbe passare, dacchè in tempi precedenti la legge operò quale comando valendo solo per la potestà del principe e non essendo parificata al diritto consuetudinario. Ma, ad accoglierla oggidì, si disconoscerebbe la natura organica dello Stato e dell'umanità, per cui l'uomo vivendo in una consociazione politica, giuridicamente organizzata, si assoggetta da se

---

Recht (Leipz. 1898), p. 10; GIERKE, *Deuts. Privatrecht*, I (Leipz. 1895) p. 117. Contro la teoria dell'imperativo anche CHIOVENDA, *Saggi di diritto processuale civile* (Bologna 1904), p. 110. Vedi in genere per un esame critico delle molte obbiezioni alla tesi accolta HOLD v. FERNECK, *op. cit.*, I p. 104 sg.

(8) Sull'esaurimento di tutto l'organismo giuridico in una serie di relazioni tra persone vedi particolarmente HOLD v. FERNECK, *op. cit.*, I. pp. 17 sg. 126 sg. 220 sg. — Respinge assiomaticamente la concezione FERRARA FR., *L'usufrutto dei crediti* (Roma, 1906) p. 87 sg. non intendendo ch'essa è fatta dal punto di vista formale obbiettivo. Contro il falso concetto del diritto subbiettivo che quest'Autore attribuisce al THON, rinviamo all'opera di quest'ultimo *Rechtsnorm u. subjectives Recht*, cit., p. 216 sg.

all' ordinamento di diritto, e pure da se traggonsi gli effetti dell' osservanza o della trasgressione del medesimo — anche quando l'agente abbia agito senza volontà (9). Oggi, se non si vuole pervenire a risultati contrastanti con la realtà, occorre rinunziare a spiegare la natura dell' ordinamento giuridico con il ricorso all' imperativo, contenuto nell'atto creativo della legge, e rivolto ai sudditi o all' umanità (10).

In tutto ciò è qualcosa di fondato. Infatti, non sapremmo che sottoscrivere ad una dottrina la quale accentuasse, nel divenire del fenomeno giuridico, all' ininterrotto operare sulla psiche umana di tutte le rappresentazioni etiche, per cui il diritto appare come un costante impulso vitale nell' uomo. Per quell' operare si sviluppa un rapporto perenne d' associazione della coscienza giuridica del singolo a quella degli altri subietti, confermandone le disposizioni favorevoli alla convivenza; per esso si spiega soprattutto quel processo di subiettivazione delle forze etiche eteronome, che non fa più sentire all' uomo nell'adempimento dell' *obbligo* ciò che in questo era dapprima coazione esterna. Quest' ultimo rilievo ci dà ragione per l' appunto della n o r m a l i t à e della s p o n t a n e i t à, di regola, dell' osservanza della norma, sia etica o giuridica (11).

---

(9) S' adduce particolarmente (Kohler, *Lehrb.*, cit. I p. 88) che l' ordinamento giuridico vale anche per gl' infermi di mente e gl' infanti. Sulla questione vedi appresso n. 9.

(10) Così Kohler *Lehrbuch* cit., I 87 sg., il quale considera come un ostacolo alla dottrina dell' imperativo l' annullamento che, accettandola, avverrebbe della consuetudine, limitata allora a valere per virtù di un comando di legge (dubbi in proposito anche in Bergbohm, *op. cit.*, I p. 94). Il Bierling, *Jur. Principienlehre*, cit. II p. 31 sg. contro apporta l' *opinio necessitatis* richiesta dalla comune dottrina per la formazione della consuetudine — *opinio* che racchiuderebbe l' imperativo. — Avverte meglio il Hold v. Ferneck, *op. cit.*, I p. 106 sg. che, essendo la norma giuridica considerata dalla teoria dell' imperativo come « forza che dà un motivo all' obbligato », questa struttura può riscontrarsi senza difficoltà anche nella consuetudine. Ciò ci dispensa dall' esaminare in quanto la temuta subordinazione di quest' ultima alla legge non sia nella maggior parte dell' ordinamento giuridico nostro un dato positivo storico, eliminante da se la obbiezione.

(11) Tal punto concerne il problema della ragione e del fondamento della obbligatorietà delle norme giuridiche. Vedansi in proposito Vanni, *Lezioni* cit.,

Ma tutto ciò non basta per concludere che occorre limitarsi ad avvertire che la legge « introduce delle innovazioni »; che da se produce la sostituzione dei precetti nuovi ai precedenti; e che « per ciò » si deve rifiutare la dottrina degli imperativi (12). Così scambiasi una questione intima sostanziale con una questione esterna cronologica. Non resta sempre da sapere quale sia l'entità delle c. d. innovazioni? E qual'era quella delle norme precedenti?

E poi, tutto quel processo di subiettivazione sopra ammesso non è sufficiente a fare ritenere superflua l'accentuazione dell'imperativo nelle norme giuridiche. Da un lato, perchè con questo si afferma la conservazione della loro entità in confronto a chi difetta di sentimento giuridico; dall'altro, perchè la nostra dottrina intende alla costruzione formale del diritto. E per questa non può essere rilevante che il lato obbiettivo, immanente della norma, — non tutto ciò che il KOHLER ha opposto e che ha tratto alla subiettivazione della forza obbiettiva del diritto. In conclusione: che l'ordinamento giuridico s'attui, da se non esclude affatto ch'esso sia la risultante di un sistema di imperativi; poichè quello è un riflesso cui dal lato formale risponde questa verità, coordinata alla nostra tesi: che, cioè, il diritto nella tutela degli interessi sociali esercita sovrattutto, e come forza obbiettiva, una funzione *preventiva* (13).

In altra direzione, peraltro, sorgono nuovi dubbi contro la dottrina dell'imperativo. Le si è opposto che contenuto della legge è un piano che deve attuarsi, e la cui esposizione può avvenire per mezzo di descrizioni, di ordini, d'istruzioni ecc., e non per via di

---

p. 72 sg.; FILOMUSI-GUELFI, *Encicl. giurid.*, cit. p. 26 sg. e da ultimo TERESA LABRIOLA, *Imperativo giuridico e adesione spontanea* (Roma, 1905) dove si nega (p. 12 sg.) che il diritto sia soltanto un comando poichè gli occorre l'adesione dei consociati — che di fatto ha per l'acquiescenza passiva dei più. In questi termini ci sembra trascurata la distinzione tra l'aspetto subbiettivo e l'obbiettivo della norma giuridica, e non valutata a sufficienza l'efficacia produttiva, non soltanto ricettizia, del diritto come forza obbiettiva. — Cfr. ancora BIERLING, *op. cit.*, II p. 40 sg. e HOLD v. FERNECK, *op. cit.*, I pp. 87 sg. 90 sg. 103 sg.

(12) Così KOHLER, *Lehrbuch*, cit., I p. 88.

(13) Su ciò in particolare HOLD v. FERNECK, *op. cit.*, I p. 88 sg. e *passim*.

soli comandi. La rilevazione esclusiva di quest' ultimo mezzo è avvenuta nella dottrina per la convinzione che soltanto al comando possa seguire un' esecuzione. Ma il comando senza obbedienza resta senza effetto, come l' indifferente e disinteressato disegno di una futura condotta, cui non si riannodi nè un precetto nè un desiderio La ragione però che spiega l' effetto di una legge si deve cercarla fuori della legge stessa. Ed essa è l' obbedienza, la quale trae i suoi motivi dall' obbligazione fatta agli organi dello Stato di attuare la legge; dalla considerazione morale o di ragione che l' osservanza della medesima risponde a qualcosa di giusto e di conveniente. Cosicchè dovrà dirsi che la volontà del legislatore si esaurisce nel porre la norma: la *prosecuzione* di questa è opera della volontà di coloro cui si rivolge. (14).

Già in un nostro eminente processualista era una concezione, che per quanto svolta con particolare riguardo alla struttura dei diritti subiettivi, implica molti contatti con la precedente (15). Anch'essa ritiene che il potere sovrano debba fare assegnamento nel dettare le norme giuridiche sull' immancabile concorso della concorde volontà dei singoli soggetti ad esigerne ed a prestarne la vicendevole osservanza nel maggior numero dei casi.

In questo modo ci sembrano dati dei termini inconciliabili con la dottrina dell' imperativo, ma a noi sembra che l' uno e l' altro insegnamento non diano una figura completa del fenomeno giuridico. Quel tanto che contengono di vero si è che, accanto al diritto come forza obbiettiva, sta il suo aspetto subiettivo (il sentimento, la coscienza giuridica), sul quale si deve contare necessariamente pel raggiungimento dei fini dell' ordinamento giuridico. Tuttavia, non può fondarsi — e per le stesse ragioni sopra addotte contro il Kohler — su quella base il rigetto della dottrina dell' imperativo.

In particolare, erra il primo insegnamento quando riconduce ad un momento tutto estraneo alla legge la sua osservanza. Poichè, se

(14) Così Affolter A., *Naturgesetze u. Rechtsgesetze* (München 1904) pag. 22 seg.

(15) Mortara, *Commentario del Cod. e delle leggi di procedura civile*, II (1. ed., Milano 1903) p. 539 sg.

può volersi che la norma giuridica possieda attitudini riposanti su qualità del soggetto cui si rivolge; che da questo sia riconosciuta autorizzata (16), — siffatta esigenza non è decisiva per l'aspetto obbiettivo della norma. La quale, da questo lato, in quanto si attua anche contro il renitente, contro chi non si sente obbligato, è qualcosa veniente dal di fuori, forza normativa, comando.

Ma più inaccettabili sono ed il primo ed il secondo insegnamento quando statuiscono che la prosecuzione della norma è opera esclusiva di coloro cui si rivolge. Se in tale formula fosse deposta la sola espressione di questa assai intuitiva verità che, cioè, l'attuazione concreta del diritto avviene nella pratica della vita e non può essere data che da fatti, — non insisteremmo neppure su di essa. Ma egli è che il primo insegnamento argomenta da quella formula contro l'esistenza di un comando nella legge; ed il secondo sulla stessa base sostiene che il diritto subiettivo non è una facoltà sanzionata soltanto dalla legge, ma per essere riconosciuto e proclamato ha bisogno di un'altra sanzione: quella della volontà del soggetto o dei soggetti che potrebbero avere interesse a contrastarlo. Ed a questo risultato non ci pare davvero di potere arrivare.

E' fondata, sì, la qualifica d'insufficienza per una dottrina che volesse ridurre i diritti subiettivi all'espressione di un binomio, all'associazione cioè della volontà del soggetto che pretende esercitarlo con la norma giuridica. Ma la necessità di aggiungere un nuovo termine al binomio - la volontà di colui nel cui rapporto il diritto ha effetto — prima ancora d'essere una necessità pratica è teorica, astratta. Essa risponde concettualmente alla struttura della norma giuridica, dappoichè il potere da questa concesso al subietto di cui tutela direttamente gli interessi non esiste accanto all'obbligo imposto a terzi, ma sorge dall'obbligo: è funzione solo nel vincolato (17). E l'intimità di questo rapporto è tale che l'obbligo non

(16) E' questa la dottrina del JELLINEK, *Das Recht des modern. Staates*, I (1. ed. Berlin, 1900) p. 32 sg. sulla quale avremo occasione di fermarci nello studio II.

(17) Il che ha la sua razionale spiegazione in ciò, che soltanto nel vincolato occorre suscitare un motivo, mentre nel titolare del diritto ai fini della tutela

si può considerare come qualcosa che s' aggiunga al diritto e che venga dopo che la norma giuridica s' è messa in contatto col subietto del diritto. Al contrario questo non è che il riflesso voluto di quello (18). La configurazione però della volontà dell' obbligato come un volere « consenziente » urta contro la struttura della norma.

E quando si volesse esaminare la questione « alla luce dei fatti » o « nella realtà della vita (19) » non sarebbe meno stringente la stessa conclusione. Il « consenso » dell' obbligato sarà decisivo

---

dei propri interessi non è necessario provocare alcun processo psichico, che non sia già dato con l' organizzazione individuale. Vedi HOLD v. FERNECK, *op. cit.*, I pag. 127 seg.

(18) La formula vuole in primo luogo statuire l' intima correlazione tra obbligo e diritto subiettivo. Nei casi in cui sembra che di fronte a quello questo manchi, egli è perchè si ricerca il diritto nei singoli subbietti privati, mentre essendo l' interesse tutelato *direttamente* della collettività il diritto esiste, ma è dello Stato (diritto all' obbedienza). Oppure si tratta di obblighi nei quali non si esaurisce la norma, ma una sola parte di essa la cui osservanza condiziona l' entrata in vigore dell' altra parte, cui è inerente la correlazione con un diritto subiettivo. — In secondo luogo la formula del testo accentua che l' obbligo è il centro di gravità dell' ordinamento giuridico e rappresenta il *prius* di fronte al diritto. Nella considerazione pratica si può dire che l' obbligo è imposto *a causa* del diritto, ma teoricamente e dal punto di vista del divenire della norma è il rapporto inverso che bisogna sostenere, poichè la forza che opera nell' obbligato viene in ultima linea della comunità giuridica e non dal titolare del diritto. — Infine la formula accolta non vuol dire che sia soggetto del diritto chiunque di fatto sia tutelato dall' obbligo imposto ad altri (questa concezione è ora in ELTZBACHER, *Handlungsfäh.*, cit. pp. 51 e 102 sg.), mentre è vero che titolare del diritto è colui soltanto alla cui tutela diretta ed immediata la norma mira. Ma afferma che il diritto sussiste anche nel comportamento passivo di chi n' è investito. Sulla materia, cui qui s' intende appena accennare, vedansi particolarmente oltre le opere citate del THON, del BINDING, e del BIERLING, il BEKKER, in *Ihering's Jahrb.*, XII p. 5 sg; MERKEL *Gesamm. Abhandlungen* (Strassburg, 1899) p. 337 sg.; SCHLOSSMANN, *Der Vertrag* (Leipzig, 1876) p. 248 sg.; REGELSBERGER, *Pandekten*, I (Leipzig, 1893) p. 79 sg.; HOLD v. FERNECK, *op. cit.*, I pp. 116 164. VANNI, *Lezioni* cit., p. 119 sg.

(19) Così MORTARA, *Commentario* cit., II p. 539, 540. Vedi già contro ROCCO ALFR., *op. cit.*, pp. 109 sg. 136 sg.

per sapere se il diritto subiettivo s i a t t u e r à, non per determinarne l' e s i s t e n z a. Cosicchè neppure teoricamente si può argomentare quest' ultima dall' e v e n t u a l e attuazione; ed il dire che il diritto subiettivo non soddisfatto o contestato è soltanto una « p r e t e s a (20) » è logicamente il capovolgimento di una pregiudiziale.

Già, v' è qui luogo a ricordare quel criterio metodico, il quale consiglia di considerare i concetti con cui opera la giurisprudenza non sulla base di ciò che avviene nei casi singoli, ma dal punto di vista di ciò che dovrebbe seguire secondo la cosciente volontà del legislatore, e partendo dalla funzione ch' essa esercita. Con la scorta di questa guida è difficile sostenere la suesposta concezione empirica dei diritti subiettivi.

Da un lato, difatti, la teoria critica della conoscenza ci attesta che il diritto obbiettivo è una forza, la quale d i r e g o l a s'attua. Ma, in quanto l' osservanza non ne è assoluta, un legislatore cosciente predetermina gli effetti della trasgressione. Tuttavia, appunto perchè nella maggior parte dei casi la funzione dei precetti legislativi è per la loro virtù preventiva attinta, si può parlare del diritto come di una f o r z a r e a l e senza che occorra che in ogni caso concreto quella virtù siasi esplicata sufficientemente (21). Questa configurazione — in un certo verso a s t r a t t a — della norma è autorizzata dalla natura della tutela p r i m a r i a da essa offerta, consistente nell' impedire che gli interessi garentiti siano lesi (tutela preventiva) prima di reintegrarli a violazione avvenuta (tutela repressiva). Poichè la tutela primaria è sostenuta dalla secondaria o sussidaria, che vuole provvedere alle lacune, per così dire, della preventiva, — l' attuazione concreta i n o g n i c a s o della garentia giuridica è un dato *concettuale* che conviene soltanto alla tutela repressiva, la quale non potrebbe farne a meno senza che le norme cui inerisce dovessero rinunziare ad operare ancora in futuro come forze effettive.

Posta in questa luce la struttura della norma giuridica, essa non impone affatto la concezione dei diritti subiettivi fissata dal

(20) Mortara, *l. c.* p. 543.

(21) Hold v. Ferneck, *op. cit.*, I. p. 75 sg. e *passim*.

MORTARA (22). Invece conduce ad estendere le diverse funzioni di garentia delle norme al diritto subiettivo ed all'obbligo correlativo, che saranno rispettivamente forza astratta e coazione astratta nel senso che il titolare del diritto esercita la tutela dell'interesse, garantitogli dalla legge, mediante un motivo capace di regola di provocare l'astensione da ogni lesione nell'obbligato. Il che equivale a dire che il diritto subiettivo è forza effettiva nel maggior numero dei casi, senza che occorra *concettualmente* che debba manifestarsi tale in ogni contingenza concreta (23).

(22) Il MORTARA, *l. c.* pag. 540 spiega la sua concezione ricorrendo alla natura della norma che essendo « *formula* astratta, principio universale, non può esercitare attività specifica sopra una facoltà singolare e concreta, senza il concorso di un terzo elemento che ne integri la efficacia ». La premessa poteva condurre a rilevare che non solo la norma (non il testo di legge) è astratta, ma nella considerazione formale ed obbiettiva tutti i rapporti giuridici e quindi i diritti subiettivi sono semplici relazioni, concepibili col pensiero, ma non esistenti nella realtà empirica (cfr. su di ciò BRODMANN, *op. cit.*, p. 41 sg). La conclusione, invece, che n'è tratta, accentuando l'adesione alla norma non di tutti i subietti della comunità giuridica, ma di una volontà singola, non approda neppure a rilevare la necessaria concomitanza dell'elemento subiettivo a quello obbiettivo della norma. Chè anzi, atomizzando le forze dalla cui associazione può scaturire il sentimento giuridico, è negazione di quel lato subiettivo. Con quella conclusione non si dovrebbe neppure parlare di coazione psichica del diritto obbiettivo, e rifiutare ogni funzione preventiva alla *posizione* stessa della coazione meccanica. Il vero è che nella considerazione della struttura della norma — « nella realtà della vita » — si deve tener presente che concorrono con la forza obbiettiva di essa anche forze subiettive etico-giuridiche, le quali peraltro non sono che la risultante della prima. Ciò che avrebbe anche una dimostrazione storica se si accogliessero i risultati cui perviene il BÜLOW in *Heitere u. ernste Betrachtung. ueber die Rechtwissenschaft* (Leipzig, 1901) pagine 56 sg. 106 sg. negando la preesistenza del diritto consuetudinario alla norma legislativa, che è formulata concretamente anche dal giudice.

(23) La funzione repressiva del diritto subiettivo è di solito trascurata del tutto ad esclusivo beneficio di quella repressiva. Vedi ad es. THON, *Rechtsnorm* cit., p. 216. Contro: HOLD v. FERNECK, *op. cit.*, I p. 121 sg. — L'astrattezza del diritto subiettivo nella sua esistenza è sostenibile con l'ulteriore considerazione ch'esso attribuisce una forza destinata a tutelare un interesse, non concreto, ma determinato genericamente secondo una valutazione astratta degli interessi che di solito sono congiunti a certe posizioni.

Nell' ordine d' idee, invece, della dottrina criticata non solo si deve arrivare a sostenere che là, dove il titolare del diritto non ha esplicata concretamente la sua forza, in realtà a lui manca il diritto, — ma anche consentire che, dove l' obbligato non ha subita la coazione, egli non sia effettivamente obbligato. Su quale base mai si presterebbe allora ascolto in giudizio a chi denuncia la violazione di un diritto subiettivo? E' evidente che per consentire preliminarmente la querela occorre ammettere che il diritto subiettivo possa esistere astrattamente e che sia soltanto normale, non assoluta per ogni caso concreto, la virtù preventiva del motivo ch' esso dà all' obbligato (24).

8. Questa breve digressione ha preparata la via per valutare un altr' ordine d' obbiezioni fatte alla dottrina dell' imperativo e capaci d'influire nelle loro conseguenze più direttamente sull'oggetto specifico della nostra ricerca. Si ritiene, difatti, che la costruzione da noi accolta riproduca soltanto a mezzo lo stesso lato formale della norma giuridica. La quale non si esaurisce nell'imperativo, dacchè se di fronte all'obbligato è tale, in confronto all'investito del diritto racchiude una norma a u t o r i z z a n t e (1). Anzi, in quest' ordine stesso d' idee si insiste dicendo che la dottrina dell' imperativo approda alla negazione del diritto subiettivo in quanto fa centro della norma giuridica l' imposizione di un obbligo: quello è invece il *prius*, e con-

(24) La contraria concezione escluderebbe ogni possibilità di dubitare sulla pertinenza dei diritti subiettivi, e si presterebbe male a spiegarci in genere la funzione della procedura di cognizione e della giurisdizione stessa. A meno che non si voglia considerare il rapporto processuale come costitutivo, originariamente, di diritti subiettivi. Ciò che il MONTARA *l. c.*, p. 542 in effetto ritiene. Ma vedi al riguardo appresso § 4.

(1) MERKEL, in *Holtzendorff's Encyclopädie*, cit., p. 8 sg. — A questo autore aderisce il FERRARA FR., *Usufrutto dei crediti* cit., p. 98, chiedendosi con lui perchè mai si debba prendere a criterio del diritto subiettivo il solo lato passivo. Quanto segue nel testo, e l'esistenza di poteri che non sono diritti, ed il terz' ordine di considerazioni svolto alla nota 8 i. f. del num. 7 danno la risposta al non grave quesito.

siste in una concessione direttamente fatta dal diritto obbiettivo. Dall' essere imposte a terzi determinate azioni non se ne potrebbe dedurre un diritto per altri; dacchè dall' essere vietato a un subietto una certa condotta non vuol dire che ad un altro sia con ciò attribuito alcun potere. Allora soltanto sarebbe consentito di trarre da quell' imposizione un argomento per l' esistenza di un diritto quando il « non essere vietato » equivalesse al- « l' essere permesso ». Ciò che non è, e non può ammettersi senza una grave confusione (2).

Di più, ed in senso inverso, vi sarebbe un notevole gruppo di disposizioni giuridiche, in cui non si riscontra quell' imposizione di un obbligo che è decisiva per la nostra tesi. Tali le norme permissive, quelle che attribuiscono facoltà o fondano capacità giuridiche. Ad ogni superficiale indagatore della struttura della norma apparrà chiaro ch' esse non sono riducibili alla figura dell' imperativo. Tali, ad esempio, le disposizioni che abrogano leggi preesistenti, tali quelle che statuiscono « eccezioni » ad una regola precedentemente posta (3). E com' è possibile costruire il diritto di proprietà soltanto in base a divieti, trascurandone il godimento che per l' uomo pratico rappresenta il lato essenziale? E come si potrebbe valutare la vocazione al trono di un erede in base a ciò che l' ordinamento giuridico comanda o vieta agli altri (4)? Da qui la necessità di accogliere la costruzione della norma sopra opposta alla dottrina dell' imperativo, e di considerare il diritto subiettivo come un « poter volere », un « poter agire ».

Un brevissimo esame dei punti accennati — altro non consentendo l' economia del nostro studio — oltre che a completare la tesi generale che ci darà un indice sicuro per la valutazione degli articoli 1131 e sg. cod. civ. servirà a farci prendere subito posizione di fronte ad una questione specifica, già accennata, in materia d' inter-

(2) BINDING, *Normen*, cit., I pp. 96 sg., 101 sg., 205 sg.

(3) BINDING, *l. c.* nota precedente e in *Krit. Vierteljs.*, XXI p. 557 e LIEPMANN, *Einleitung in d. Strafrecht*, I (Berlin, 1900) p. 178 sg.

(4) MERKEL, *l. c.* p. 9; BINDING, *Krit. Vierteljs.*, cit. p. 542, 568, 571; WENDT, *Die Sprache* cit., p. 8 sg.

pretazione. Per vero, taluno ha sostenuto che il giudice possa valersi di altre regole oltre quelle scritte nel codice nell' interpretare i contratti, in quanto esse non siano escluse da speciali precetti di diritto positivo (5). Orbene, tale formula, attentamente esaminata, ci dice che le regole per così dire extravaganti dell' interpretazione contengono pel giudice una concessione di poteri precisamente pel motivo che devesi ritenere permesso tutto ciò che non è vietato.

Si potrebbe pensare, anzi, che la dottrina comune quando rispetto a tutte le disposizioni contenute negli art. 1131 e sg. cod. civ. parla di « consigli » in fondo non faccia che esprimere con un termine punto tecnico la stessa proposizione ora riportata per le regole extravaganti. Nel risultato pratico, difatti, essa ha posto in certo modo, delle « facoltà » dove la legge parla di « obblighi ». Se nella formulazione teorica lo scambio dei termini non ha trovato accoglimento, è stato per la veste imperativa che, come abbiamo rilevato avanti, ha la maggior parte degli articoli *sedes materiae:* essa ha avviata la discussione tra l' alternativa dell' obbligatorietà o del difetto di *vis* giuridica di quegli articoli. Perciò stesso, dove quella veste esteriore non esisteva legalmente, come nelle regole non scritte, il problema è stato presentato dalla dottrina nei termini precisamente corrispondenti ai risultati pratici da essa sostenuti, come dimostra l' insegnamento sopra riportato.

Ma noi — a parte quanto diremo appresso — rispetto agli articoli 1131 sg. crediamo d' essere già dispensati dalla formula imperativa usatavi dell' agitare il problema in quest' ultima direzione. Data quella formula, l' antitesi costruttiva è tra « obbligo » e « non obbligo » piuttosto che tra « obbligo » e « facoltà (6) ».

---

(5) Vedi BAUDRY-LACANTINERIE ET BARDE, *op. cit.*, I p. 503 nota 3. — Cfr., n. 3 nota 15.

(6) Neppure accogliendo la tesi abbastanza comune che considera i diritti pubblici subiettivi come contenenti ad un tempo un potere ed un dovere, e considerando tali quelli attribuiti al giudice in materia d' interpretazione — si toglierebbe virtù dimostrativa all' argomento posto nel testo. Checchè sia di quella tesi (vedi in favore BIERLING, *Kritik der jurist. Grundbegriffe* I, Gotha 1877,

1088233 P